

الاجتهاد

للمراسلات القانونية والاقتصادية

مجلة علمية أكاديمية محكمة سداسية متخصصة ومفهرسة
تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي لتاهنغست / الجزائر
تعنى بنشر البحوث القانونية والاقتصادية



من أشغال ملتقى الصفقات العمومية

- الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية • أ. عبدلي سهام
والقانون الخاص جامعة قسنطينة (01)
- إجراءات إبرام الصفقات العمومية: ضمانات • أ. بن شعلال محفوظ
لشفافية أم حواجز تقييدية؟ جامعة بجاية
- الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال • د. خصري حمزة
الصفقات العمومية شروط الحضانة جامعة المسيلة
- النظام القانوني للصفقات العمومية ودوره في • د. عاقل فاضلة
تسيير المال العام جامعة باتنة
- دور الخزينة في الرقابة على الصفقات العمومية • أ. عزوز مخلوفي مفتش مركزي
وأ. بلقاسم بوفاتح مفتش رئيسي - حالة خزينة ولاية الأغواط
خزينة ولاية الأغواط
- حوكمة الصفقات العمومية في إطار • أ. بن أمهرة صابرينة
الاستراتيجية الوطنية للوقاية من الفساد المركز الجامعي لتاهنغست

مجلة سداسية علمية محكمة ومفهرسة
منشورات المركز الجامعي لتاهنغست - الجزائر



المركز الجامعي لتاهنغست
الاجتهاد

ذو الحجة 1436

العدد الثامن

سبتمبر 2015

ISSN 2335-1039

E-ISSN 2437-0754

العدد الثامن

ذو الحجة 1436 / سبتمبر 2015

ISSN 2335-1039

E-ISSN 2437-0754

REVUE
AL-JUTHIED
des études juridiques et économiques

من أشغال ملتقى الصفقات العمومية

Centre Universitaire de Tamanghasset

الاجتهاد
للمراسلات القانونية والاقتصادية



الأجنهات

للدراسات القانونية والاقتصادية

مجلة علمية أكاديمية محكمة سداسية متخصصة ومفهرسة
تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي لتامنغست - الجزائر
تعنى بنشر البحوث في الدراسات القانونية والاقتصادية

العدد التاسع

ذو الحجة 1436هـ - سبتمبر 2015م

عدد خاص ببعض أعمال ملتقى الصفقات العمومية
المنظم من قبل قسم الحقوق بمعهد الحقوق والعلوم السياسية
المنعقد يومي 04/03 مارس 2014م بالمركز الجامعي أمين العقال الحاج موسى أقي أخموك
لتامنغست - الجزائر

المراسلات

توجه جميع المراسلات باسم السيد رئيس التحرير إلى:

ص.ب 10034 سرسوف - تمنغست - الجزائر

الفاكس: 86-01-30-(029-213)

أو 71 00 30 (029-213)

الهاتف المذلل: 56 04 30 (029-213)

المراتف: 03 01 30 (029-213)

E-mail: revue.indr@gmail.com

البريد الالكرلوني للهللة:

Cite web: http://alijtihed.cu-tamanrasset.dz

الهلوقع الرسمي للهللة:

Cite web: www.tamanrasset.dz

الهلوقع الرسمي للمركز الالهلعي لتامنغست:

صفحات الهللة عبر مائلق هلوقع التواصل الالهلعي:

https://twitter.com/revue_indr

<https://www.facebook.com/alijtihed>

<https://plus.google.com/u/1/+RevueIndr>

<https://dz.linkedin.com/in/alijtihed>

<http://www.hi5.com/alijtihed>

الترقيم الدولي المعياري للهللة: ISSN 2335-1039

الترقيم الدولي المعياري الالكرلوني للهللة: E-ISSN 2437-0754

رقم الإبداع الوطني: 5172-2012

منشورات المركز الالهلعي أهين العقال

الال حاج موسى أقي أخموك لتامنغست

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



الأجنهات

للدراسات القانونية والاقتصادية

مجلة علمية أكاديمية مُحَكَّمة سداسية متخصصة ومفهرسة
تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي لتامنغست- الجزائر
تعنى بنشر البحوث في الدراسات القانونية والاقتصادية

(قواعد النشر في المجلة)

- بغرض إتاحة الفرصة للإفادة من أبحاث الأساتذة والباحثين من داخل الوطن وخارجه،
فإن إدارة المجلة ترحب بنشر الدراسات والبحوث المتخصصة في مجالي القانون والعلوم
الاقتصادية باللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية، وفق القواعد الآتية:
- ∑ أن يتسم البحث بالعمق والأصالة والإسهام العلمي، وفق المنهج العلمي والموضوعية.
 - ∑ أن يكون البحث جديداً لم يُسبق نشره، وأن لا يكون قد أُرسل للنشر في مجلة أخرى.
 - ∑ يخضع المقال للتحكيم وجوباً، ويُخطر صاحبه برأي الهيئة العلمية، ولا ترد البحوث التي
تعذر نشرها.
 - ∑ يقدم المقال في نسخة إلكترونية لا يتجاوز عدد صفحاته (25)، ولا يقل عن (10) على
افتراض الورقة (16-24)، وفق بُعد (2) من كل جهة، مع وضع أرقام الهامش
بطريقة آلية وبين قوسين وجوبا، وإعطاء معلومات ببيوغرافية كاملة.
 - ∑ يجب إرفاق السيرة الذاتية لصاحب المقال مع بحثه، موضحاً معلوماته الشخصية.
 - ∑ يجب إرفاق المقال بملخص باللغة العربية ولغة أخرى لا يتجاوز الصفحة الواحدة.
 - ∑ أن ترفق الصور والمخططات البيانية في ملفٍ خاصٍ بصيغة صورة، ومرفقة حتى
يتسنى تعديلها وتهيئتها للطبع.
 - ∑ يكتب البحث على جهاز الحاسوب بخط: (Simplified Arabic) بنط (14) إذا حرّر
باللغة العربية، وبخط: (times new roman) بنط (12) إذا حرّر باللغة الفرنسية أو
الإنجليزية.
 - ∑ لا تتحمل المجلة مسؤولية الإخلال بقواعد الأمانة العلمية
 - ∑ البحوث التي يتمّ نشرها في المجلة لا يجوز إعادة نشرها إلا بموافقة خطية من رئيس
التحرير.

الأبحاث المنشورة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة

لا تتحمل المجلة مسؤولية الإخلال بقواعد الأمانة العلمية



الاجتهاد

للدراستات القانونية والاقتصادية

مجلة علمية أكاديمية محكمة سداسية متخصصة ومفهرسة
تصدر عن معهد الحقوق والعلوم السياسية بالمركز الجامعي لتامنغست- الجزائر
تعنى بنشر البحوث في الدراسات القانونية والاقتصادية

(مديرة المجلة)

د. زهيرة كيسي

(الرئيس الشرفي للمجلة)

أ.د. بلخير دادة موسى
(مدير المركز الجامعي لتامنغست)

(هيئة التحرير)

د. جواد إلباس د. عبدالحق مرسل
د. جمال قتال أ. مبارك قرطب
أ. مغزي شاعة هشام أ. شفار علي

(رئيس التحرير)

أ. شوقي نذير

(الهيئة الاستشارية)

أ.د. لباد ناصر جامعة سطيف
أ.د. منتري مسعود جامعة عنابة
أ.د. نوفان العجاردة الجامعة الأردنية
أ.د. يلس شاوش بشير جامعة وهران
د. الساعدي محمد عباس محسن ج بابل / العراق
د. الكايد زياد علي محمد ج الشقراء/السعودية
د. المساعيد فرحان نزال جامعة آل البيت الأردن
د. آيت منصور كمال جامعة بجاية
د. بريم محمد الصغير جامعة المسيلة
د. جواد إلباس المركز الجامعي لتامنغست
د. سلوة أسماء المركز الجامعي لتامنغست
د. عبد الرحيم وهيبة المركز الجامعي لتامنغست
د. عراية الحاج جامعة ورقلة
د. فخري صبري محمد راضي ج الأمة / غزة / فلسطين
د. قتال جمال المركز الجامعي لتامنغست
د. كشتيت عز الدين المركز الجامعي لتامنغست
د. كيسي زهيرة المركز الجامعي لتامنغست
د. مرسل عبد الحق المركز الجامعي لتامنغست
د. مشنان محمد إيدر جامعة الجزائر 01
د. منصور المبروك المركز الجامعي لتامنغست
د. مولاي أسماء جامعة الجزائر 01
د. ولد خصال سليمان جامعة المدية
د. وناس يحيى جامعة أدرار
د. بجاوي مفيدة جامعة بسكرة
د. يسعد حورية جامعة تيزي وزو

أ.د. أقاسم قادة جامعة الجزائر 03
أ.د. السماللي يحظيه محمد ج السعودية
أ.د. العفيفي عبد الرحمن علي فرنسا
أ.د. العقون وليد جامعة الجزائر 01
أ.د. الكبي سعد الدين عكار / لبنان
أ.د. أوصديق فوزي جامعة قطر
أ.د. بخت إبراهيم. جامعة ورقلة
أ.د. بدران مراد جامعة تلمسان
أ.د. بن شويخ رشيد جامعة البلدية
أ.د. بن عبد الفتاح دحمان جامعة أدرار
أ.د. بن عزوز عبد القادر جامعة الجزائر 01
أ.د. بوزيد لزهارى جامعة قسنطينة
أ.د. بوضياف عمار جامعة تبسة
أ.د. بوغزالة محمد ناصر جامعة الجزائر 01
أ.د. بوكرا إدريس جامعة الجزائر 01
أ.د. بومدين محمد جامعة أدرار
أ.د. تشوار الجيلالي جامعة تلمسان
أ.د. جرادات أحمد علي يوسف المملكة الأردنية
أ.د. سي يوسف زاهية حورية جامعة تيزي وزو
أ.د. شعت أشرف ج الغرير / دبي / الإمارات
أ.د. عزوز علي جامعة الجزائر 01
أ.د. فيلال علي جامعة الجزائر 01
أ.د. قدي عبد المجيد جامعة الجزائر 03
أ.د. قصير مزياني فريدة جامعة باتنة

فهرس

07	إشكالية الملتقى.....
09	أشغال الجلسات.....
11	توصيات الملتقى.....
13	المساهمون في الملتقى.....
14	استهلاكية.....
16	معايير تحديد مفهوم العقد الإداري وتمييزه عن العقود الأخرى د. جوادي إلياس المركز الجامعي لتامنغست
27	النظام القانوني للصفقات العمومية ودوره في تسيير المال العام د. عاقل فاضلة جامعة باتنة
52	الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية د. خصري حمزة جامعة المسيلة
63	إجراءات إبرام الصفقات العمومية: ضمانات للشفافية أم حواجز تقييدية؟ أ. بن شعلال محفوظ جامعة بجاية
75	الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص أ. عبدلي سهام جامعة قسنطينة (01)
96	فسخ صفقات الحجاز الأشغال العمومية أ. حابي فتيحة جامعة تيزي وزو
117	دور الخزينة في الرقابة على الصفقات العمومية - حالة خزينة ولاية الأغواط- أ. عزوز مخلوفي مفتش مركزي للخزينة أ. بلقاسم بوفاتح مفتش رئيسي للخزينة خزينة ولاية الأغواط
137	حوكمة الصفقات العمومية في الجزائر: الواقع، التحديات والأجوبة في مواجهة الفساد أ. خلاطو فريد جامعة قسنطينة (02)
165	حوكمة الصفقات العمومية في إطار الإستراتيجية الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته أ. بن أعمارة صابرينة المركز الجامعي لتامنغست

183	الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته على ضوء قانوني الفساد والصفقات العمومية أ. نادية عبد الرحيم جامعة الجزائر (03)
200	التعاون الدولي في مكافحة الفساد في الصفقات العمومية د. مرسلبي عبد الحق المركز الجامعي لتاغنغست
216	التحكيم كطريق بديل لحلّ النزاع في مجال الصفقات العمومية أ. موساوي مليكة جامعة المديّة



إشكالية الملتقى

اعترف المشرّع الجزائري للإدارة بأهلية التعاقد بغرض تمكينها من تحقيق الأهداف المنوطة بها، غير أنّه حين ترتبط الإدارة مع الغير بروابط عقدية؛ نجدّها أحيانا تخضع لتشريع متميز ومستقل هو تشريع الصفقات العمومية، وأحيانا أخرى تخضع لقواعد القانون الخاص. ويعتبر قانون الصفقات العمومية - المنظم بمرسوم رئاسي- من أعقد المواضيع، الأمر الذي جعل الهيئة المختصة بوضعه تراجع هذا المرسوم كلّ سنة تقريبا، هذا إن دل عن شيء إنّما يدل على أهمية موضوع الصفقات العمومية، نظرا لصلته الوثيقة بالخزينة العامة، فهي تكلفها اعتمادات مالية ضخمة بحكم تعدد وتنوع الهيئات الإدارية من جهة (دولة، ولاية، بلدية...) وبحكم تنوع الصفقات العمومية من جهة أخرى (صفقة أشغال عامة خدمات...).

ولما كانت للصفقات العمومية علاقة بالخزينة العامة، وجب إلزام الإدارة بطرق خاصة تتعلق بإبرام الصفقة، كما ينبغي إخضاعها لرقابة دقيقة ومتنوعة بهدف ترشيد النفقات العامة، والحد قدر الإمكان من السلوكيات السلبية وهدر المال العام.

وإنّ ما تميز به التعديل في المرسوم الرئاسي رقم: 12-23 المؤرخ في: 24 صفر 1433هـ الموافق لـ: 18 يناير 2012م هو إضافة آلية جديدة للتعامل في مجال الصفقات العمومية، وهو الاتصال وتبادل المعلومات إلكترونيا.

ومن خلال ما سبق؛ ما هي الأسباب الجوهرية التي دفعت إلى تعديل المرسوم وتحيينه سيما في السنوات الثلاثة الأخيرة؟ وما أهمية الآلية الجديدة التي جاء بها هذا المرسوم وأفاقها؟ وما هي الصعوبات التي تواجه إجراءات الصفقات العمومية؟ وهل هي كفيلة لضمان حماية المال العام؟ وهل حقّق أهدافه المرجوة سيما في مجال التنمية؟ وما هي الحلول المقترحة؟

أهداف الملتقى:

- توضيح وشرح المنظومة القانونية التي تسري على موضوع الصفقات العمومية مع التأكيد على التطور والتحسين الذي عرفته هذه النصوص القانونية.

- خوض نقاش بناءً من خلال مداخلات الأساتذة الباحثين والمتخصصين حول التنظيم الجديد للصفقات العمومية لتحديد مواطن الالتباس والبحث عن طرق لتسهيل الإجراءات وتوفير الامكانيات اللازمة لتشجيع المتنافسين قصد رفعها إلى السلطات المختصة.

- وضع ديناميكية فعالة للحد من الفساد في مجال الصفقات العمومية ليتسنى لأجهزة الرقابة والتحري تكوين فكرة جيدة عن مواطن الخطر التي قد تمس بإحجاز الصفقات العمومية إنجازا فعالا.

وللإلمام بهذا الموضوع وجب التطرق إلى المحاور الآتية:

محاور الملتقى:

المحور الأول: الصفقات العمومية المفهوم والتطور والأهداف

أولاً: تطور ومفهوم نظام الصفقات العمومية في مختلف التشريعات.

ثانياً: دور نظام الصفقات العمومية في حماية المال العام.

ثالثاً: التعديلات الواردة على نظام الصفقات العمومية وأثارها.

المحور الثاني: إبرام الصفقات العمومية وإجراءاتها والصعوبات التي تواجهها

أولاً: إبرام الصفقات العمومية

ثالثاً: المعاملة الالكترونية في الصفقات العمومية

ثانياً: فسخ الصفقة العمومية

رابعاً: العوائق التي تواجه إجراءات الصفقات العمومية والسبل الكفيلة

بحلّها

المحور الثالث: الرقابة على الصفقات العمومية

أولاً: اللجان الرقابية ودورها

ثانياً: آليات الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية

ثالثاً: جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها

أشغال الجلسات العلمية

المداخلة الافتتاحية

أ. لعجال عمر / اللجنة الوطنية لصفقات الدراسات والخدمات وزارة المالية

الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية
د. خضري حمزة / جامعة المسيلة

إعداد دفاتر الشروط والرقابة الداخلية والخارجية
أ. لعجال عمر / إطار سامي بوزارة المالية

قراءة في الملاحق بقانون الصفقات العمومية (كيفية تنفيذها)
والمعامل المتعاقد

أ. جباس محمد الصغير / مراقب مالي ولاية ورقلة

دور أمانة لجنة الصفقات بين الواقع والقانون

د. شوشة عبد الغني / جامعة الأغواط

(رئيس لجنة الصفقات العمومية بالمركز الجامعي لتامنغست)

التعاون الدولي لمكافحة الفساد في الصفقات العمومية
د. مرسل ع الحق / المركز الجامعي لتامنغست

حوكمة الصفقات العمومية في إطار الاستراتيجية الوطنية للوقاية
من الفساد ومكافحته

أ. بن أعمارة صابرينة / المركز الجامعي لتامنغست

حوكمة الصفقات العمومية في الجزائر: الواقع، التحديات
أ. فريد خلاطو / جامعة قسنطينة

الهيئات المكلفة بالوقاية من الفساد وتقنياتها

د. شكلاط رحمة / جامعة تيزي وزو

التحكيم طريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية
أ. مليكة موساوي / جامعة المدية

الإجراءات المعمول بها لمنح التأشيرة من قبل لجنة الصفقات العمومية
الولائية

أ. برادي أحمد / المركز الجامعي لتامنغست

المعاملة الالكترونية في الصفقات العمومية واقع وآفاق

د. كيسي زهيرة / المركز الجامعي لتامنغست

فسخ صفقات انجاز الأشغال العمومية

أ. حابي فتيحة / جامعة تيزي وزو

الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص

أ. عبدلي سهام / جامعة قسنطينة

منازعات إبرام الصفقة العمومية في النظام القانوني الجزائري

أ. عطوي حنان / المركز الجامعي لتامنغست

توصيات الملتقى

في يومه الرابع من شهر مارس عام ألفين وأربعة عشر، اجتمعت لجنة التوصيات للملتقى الوطني الرابع حول نظام الصفقات العمومية - واقع وآفاق- والمنعقد يومي 03 و04 مارس 2014 بالمركز الجامعي لتامنغست؛ وقد خلصت إلى التوصيات الآتية:

- ضرورة وضع آلية عملية لتفعيل وتسريع إجراءات الإشهار عبر الوسائل الالكترونية أو غيرها.
- ضرورة استحداث نصوص خاصة تنظم الاستشارات خارج قانون الصفقات.
- ضرورة تخصيص دفتر البنود الإدارية العامة لكل قطاع.
- ضرورة نشر وتعميم الردود على الاستفسارات المتعلقة بتطبيق إجراءات الصفقات العمومية الصادرة من المصالح المختصة لوزارة المالية.
- ضرورة تكوين متخصصين في ميدان الصفقات العمومية والرسكلة المستمرة للممارسين في الميدان.
- ضرورة تفعيل المادتين 173 و174 من قانون الصفقات العمومية المتعلقتين بالاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية من خلال إصدار نص تنظيمي يحدد كفاءات تطبيق هذه الإجراءات.
- ضرورة الإسراع بإصدار كل النصوص التنظيمية المرتبطة بتنفيذ بعض المواد الواردة في قانون الصفقات والتي تقضي ذلك.
- ضرورة إصدار نص تنظيمي يحدد كيفية التعامل مع الخبير المنصوص عليه في المادة 125
- تعديل المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 بإضافة عبارة (ميزانية الجماعات الإقليمية) التي لم تتم الإشارة إليها.

- ضرورة إعادة النظر في مصطلح (المزايدة) الوارد في كل من المواد 28 و33 و45، الذي لا يعبر عن المراد منه في هذا القانون.
 - ضرورة إعفاء ممثل المصلحة المتعاقدة من مهمة مقرر للجان الصفقات.
 - إعادة النظر في التعويضات المتعلقة بلجان الصفقات لا سيما المقرر وإدراج منحة تعويضية خاصة بالكتابة الدائمة للجنة.
 - إدراج نظام تعويضي خاص بلجنتي فتح وتقييم العروض.
 - التوصية بطبع ونشر مقالات الملتقى في عدد خاص.
 - التوصية بجعل الملتقى دوريا كل سنتين.
 - رفع هذه التوصيات إلى مختلف الجهات المعنية لغرض أخذها بعين الاعتبار كل فيما يخصه.
- والسلام عليكم.

المؤسسات المساهمة في الملتقى

لزاماً علينا أن نعترف بالجميل لكل من ساهم في إنجاح أشغال ملتقى الصفقات العمومية (الواقع والآفاق)، المنعقد يومي 04/03 مارس 2014 بالمركز الجامعي لتامنغست وهم:



- المركز الجامعي أمين العقال
الحاج موسى أق أخوك لتامنغست.

- مؤسسة الحاج محمد خوين بولاية تمنراست.



- الخطوط الجوية الجزائرية.

- مؤسسة إنتاج مواد البناء لولاية تمنراست.

- مديرية الخدمات الجامعية لولاية تمنراست.

- شركة تسيير فندق طاهات لولاية تمنراست.

- مؤسسة السيد لمن بوحجر بولاية تمنراست

من التظاهرات العلمية التي شهدت حضوراً كثيفاً من الأساتذة الباحثين ومن الطلبة ومن المهتمين والعاملين في مجال الصفقات العمومية بمختلف المؤسسات العمومية وغيرها المتواجدة في ولاية تمنراست، ملتقى الصفقات العمومية (الواقع والأفاق)، الذي أُحسِن فيه: اختيار المواضيع والتنظيم. ولقد تمّ تخصيص هذا العدد لبعض أشغال الملتقى عملاً بما جاء في توصياته، وتعميماً للفائدة، واستجابة لطلب الكثير من الباحثين، وإرواءاً لشغف الدارسين. ومن خلال هذا العدد الخاص بأشغال ملتقى الصفقات العمومية نرفع أسمى آيات الشكر والعرفان للأستاذ الدكتور دادة موسى بلخير مدير المركز الجامعي لتامنغست على التسهيلات التي خصّ بها مجلة الاجتهاد حتى بلغت ما هي عليه وزيادة. وإنّ جميع الأعداد الصادرة في النسخة الورقية للمجلة منشورة أيضاً بموقعها الإلكتروني وبقاعدة بيانات مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني في بوابة المجالات العلمية، وفي قاعدة قاعدة البيانات العربية الرقمية "معرفة"، والشكر موصول للقائمين عليها لجهودهم المبذولة، سيما للسيدة مسؤولة قسم الناشرين بها. ولقد أخبرنا الكثير ممن نشر أوراقه العلمية في مجلة الاجتهاد أنّها اعتمدت في مناقشات رسائل الماجستير والدكتوراه والتأهيل الجامعي واعتمدت أيضاً في ملفات الترقية لمرتبة الأستاذية. كما نغتنم الساحة لنهنئ أخانا وزميلنا الدكتور قتال جمال عضو هيئة التحرير لحصوله على درجة الدكتوراه في القانون بتقدير مشرف جداً. ولقد صدر هذا العدد قبل أوانه لظرف خاص، على أن يكون صدور الأعداد القادمة

أ.شوقي نذير

رئيس التحرير

رئيس اللجنة التنظيمية لملتقى الصفقات العمومية

من أشغال ملفر الصفقات العمومية



معايير تحديد مفهوم العقد الإداري وتهيئته عن العقود الأخرى

د. جوادي إلياس

المركز الجامعي لتاهنغست

مقدمة

تدور فكرة هذا البحث حول تحديد معايير التمييز بين العقد الإداري والصفقات العمومية والعقود الأخرى.

إذا كانت العقود الإدارية قد خضعت للقضاء الإداري في فرنسا ومصر فلا يعني ذلك أن كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري فهناك من العقود ما تخضع للقضاء العادي حيث إن دواعي التعامل تقتضي في بعض الأحيان أن تكون الإدارة طرفاً في العقد كأفراد من الأفراد العاديين، وبالتالي فإن المنازعات الناشئة عنه تفصل فيها المحاكم العادية. إن وجود نوعين من العقود تبرمها الإدارة (عقود مدنية وعقود إدارية)، يبرز مشكلة كيفية تمييز العقد الإداري عن العقد المدني وبالتالي تحديد القضاء المختص لا سيما في البلدان التي يختص القضاء الإداري فيها بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

إزاء هذه الإشكالية حاول المشرع الفرنسي والجزائري تحديد العقود الإدارية بنصوص قانونية، وقد أطلق الفقهاء على هذا الأمر تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون.

ويرى الأستاذ الطماوي في هذا الصدد "إن إسباغ المشرع الصفة الإدارية على عقد يتضمن عناصر العقد الإداري من حيث طبيعتها فإن هذا النص يأتي مؤكداً له كعقد الأشغال العامة وعقد التزام المرفق العام"⁽¹⁾.

ولكن؛ المشكلة تثار عندما ينص المشرع على إدارية عقد ما تكون طبيعته مدنية من حيث هدفه وطريقة إبرامه وموقف المشرع هنا منتقد وذلك على أساس أن المشرع عندما يكيّف تصرفاً من تصرفات

الإدارة عليه أن يأخذ بنظر الاعتبار طبيعة العقد من حيث هدفه وطريقة إبرامه ومضمونه⁽²⁾.

ونؤيد النقد الذي وجه الى المشرع حيث يتوجب عمى المشرع عندما يكيّف أي تصرف من تصرفات الإدارة الأخذ بعين الاعتبار طبيعة وأهداف ذلك العقد وطريقة إبرامه.

إزاء النقد الموجه الى المعيار التشريعي للعقود الإدارية فقد ذهب غالبية فقهاء القانون الإداري الى التعويل على المعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية وان اختلف في بعض حيثياته.

وإذا رجعنا إلى تعريف العقد الإداري الذي أورده القضاء الإداري الفرنسي أو المصري أو القضاء العادي في العراق والذي يقول إن العقد الإداري هو الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة بالأخذ بأساليب القانون العام. ومن خلال ذلك سنتناول معايير تميز العقد الإداري، ثم تمييزه عن باقي العقود الأخرى.

الفصل الأول: معايير تميز العقد الإداري.

الفصل الثاني: تمييز العقد الإداري عن باقي العقود الأخرى.

الفصل الأول: معايير تميز العقد الإداري

يتميز العقد الإداري عن غيره بثلاثة معايير:

الأول: معيار الإدارة طرفاً في العقد

الثاني: معيار ارتباط العقد بالمرفق العام

الثالث: معيار الشروط الاستثنائية

وسنتناول هذه المعايير في ثلاثة مباحث

المبحث الأول: معيار الإدارة طرفاً في العقد: القاعدة العامة أن العقود الإدارية توجب أن تكون الإدارة أحد أطراف العلاقة القانونية وعليه فإنّ العقد المبرم بين الأفراد العاديين لا يمكن أن يكون عقداً إدارياً حتى وإن كان أحد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة خاصة ذات نفع عام⁽³⁾.

ومصطلح الإدارة يدل عادة على السلطة التنفيذية التي تتولى تنفيذ القوانين فضلاً عن إدارة مؤسسات الدولة ومرافقها العامة. والسؤال الذي يمكن أن يطرح هنا هو: هل إن اختصاص إبرام العقود الإدارية يقتصر على السلطة التنفيذية وحدها دون السلطات الأخرى كالسلطة التشريعية والقضائية؟ بالنسبة للهيئة التشريعية المتمثلة بالبرلمان فإن اختصاصها الأصيل هو سن القوانين وإقرار الميزانية والمصادقة على المعاهدات، وكذلك إجازة إبرام بعض العقود الإدارية المهمة كعقود القرض العام فإن هذه العقود لا تبرمها السلطة التشريعية ولكن تجيزها فهي لا تعتبر طرفاً فيها⁽⁴⁾.

والجهة التي تقوم عادة بإبرام العقود كعقود الأشغال العامة تتعلق بإصلاحات قاعات البرلمان أو إبرام عقود توريد أدوات مكتبية هي سكرتارية الهيئة التشريعية باعتبارها الجهاز الإداري للهيئة التشريعية⁽⁵⁾. وكذلك الحال بالنسبة للسلطة القضائية فإن اختصاصها الأصيل هو الفصل في المنازعات فهي لا تبرم عقوداً بل تصدر أحكاماً قضائية، والجهة التي تبرم العقود هي وزارة العدل أو الجهاز الإداري بالحكمة. وإذا كان وجود الإدارة طرفاً في العقد الإداري يعد أمراً بديهياً فإن القضاء الإداري لم يعد يتشدد في شرط إبرام الشخص العام للعقد ذاته وأقر بإمكان إبرامه من قبل شخص آخر بالوكالة⁽⁶⁾. وبذلك لا يكفي أن يكون أحد أطراف العلاقة العقدية شخصاً من أشخاص القانون العام لعهده عقداً إدارياً وإنما يستلزم توافر العنصرين الآخرين أو أحدهما.

المبحث الثاني: معيار ارتباط العقد بالمرفق العام: يعتبر المرفق العام كل نشاط موضوعه تلبية احتياج عام وهدفه تحقيق المصلحة العامة وتكون للدولة الكلمة العليا في تنظيمه وإدارته بصورة مباشرة أو غير مباشرة⁽⁷⁾.

ويقصد بهذا المعيار أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الأفراد لا يمكن أن يكون إداريا إلا إذا ارتبط بالمرفق العام سواء وجدت معه عناصر أخرى أم لا.

على هذا الأساس أهمل مجلس الدولة الفرنسي المعيار المستمد من فكرة السلطة العامة، واستبدل به معيار المرفق العام، كما صورته حكم "Terrier" الصادر بتاريخ: 1903/02/06، فقد أوضح المفوض "روميو" في تقريره الذي قدمه في هذا الحكم أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة وطنية كانت أو محلية، سواء أكانت وسيلة الإدارة في ذلك عمل من أعمال السلطة أو تصرفا عاديا، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي أعمال إدارية بطبيعتها، وبالتالي يجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات⁽⁸⁾.

وقد جاء أيضا في قرار للمحكمة الإدارية العليا في مصر في: 24 فبراير 1968 "مناطق العقد الإداري... أن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة"⁽⁹⁾.

وارتباط العقد بالمرفق العام يعني ارتباطه بالمفهوم الموضوعي للمرفق العام حيث إن للمرفق مفهوماً عضوياً يتمثل في الهياكل الإدارية ومفهوماً موضوعياً يتعلق بنشاط المرفق من حيث التنظيم والإدارة والاستغلال، فالمفهوم العضوي للمرفق يعني أن الفرد عندما يرتبط بعقد مع مرفق عام يفيد أن الإدارة هي طرف في العقد، وبناء على ذلك فإن فكرة المرفق العام يجب أن تهتم في هذا المجال بالجانب الموضوعي⁽¹⁰⁾.

والمتتبع لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر يرى أن هناك تذبذباً وعدم استقرار على معيار محدد، فبعد أن تم التسليم بإدارية العقد بمجرد ارتباطه بالمرفق العام نجد أحكاماً قضائية توجب اقتران العقد بالشروط الاستثنائية، ومثال ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في: 16 ديسمبر 1956 إذ جاء فيه: "ومن ثم فإن المعيار المميز

للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة التعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرافق العام على أية صورة من الصور... مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة"⁽¹¹⁾.

المبحث الثالث: معيار الشروط الاستثنائية: تعرف الشروط الاستثنائية بأنها: "تلك التي تمنح أحد المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري"⁽¹²⁾.

بينما عرفها آخرون: "بأنها الشروط التي تكون باطلة إذا ما وجدت في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام"⁽¹³⁾.

وما تجدر الإشارة إليه أن وجود الإدارة طرفاً في العقد الإداري لم يعد يكفي لكي يعد العقد إدارياً وكذلك الحال بالنسبة لارتباط العقد بالمرافق العام بل يلزم فوق ذلك أن يكون الطرفان قد اتبعا أسلوب القانون العام وليس القانون الخاص.

وأهم وسيلة يعتمد عليها القضاء الإداري للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام هو أن يتضمن العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، حيث يجب أن تكون الإدارة في مركز القوة وتتمتع بامتياز السلطة العامة وكمثال على الشرط غير المألوف كأن تلجأ الإدارة إلى تعديل العقد أو إضافة بند أو فسخه بدون أخذ رأي المتعاقد ودون اللجوء إلى القضاء وهذا ما يعد مخالفاً للقانون المدني (العقد شريعة المتعاقدين) وهذا البند غير المألوف عادة ما يكون في خدمة الإدارة بالرغم من أنها غير مشروعة في عقود القانون الخاص، وفي قرار مجلس الدولة الفرنسي: 1950/11/20 البند غير المألوف هو الذي لا يستعمل في العلاقات التعاقدية بين الأفراد، وكذلك في: 1952/06/19 مجلس الدولة (شركة الحروقات الوطنية) حيث احتفظت الدولة لنفسها بالإرادة المنفردة في تغيير بنية الشركة التي كانت تتعامل معها أو بأمر تصفيتها، كذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في: 19 يناير 1973 حيث جاء

فيه: "إن العقود التي تبرمها كهرباء فرنسا تكون خاصة لنظام استثنائي وتبدو فيه خصيصة العقد الإداري⁽¹⁴⁾.

ولعل الاعتماد على معيار الشروط الاستثنائية لتمييز العقد الإداري ناجم عن كون هذه الشروط تعد من مظاهر السلطة العامة التي ليس لها مثيل في عقود القانون الخاص وعند استعانة الإدارة بهذه المظاهر يفهم ضمناً نيتها بإخضاع العقد للقانون الإداري وليس للقانون المدني. والشروط الاستثنائية التي ترد في العقود الإدارية كثيرة فقد تكون هذه الشروط امتيازات تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد كحق الإدارة في إجراء تعديلات على العقد دون موافقة المتعاقد معها وقد تصل هذه الامتيازات إلى فسخ العقد إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك⁽¹⁵⁾ وما للمتعاقد إلا طلب التعويض عن ذلك، وقد تتخذ الإدارة إجراء معيناً يؤدي إلى زيادة التزامات المتعاقد معها فهنا يحق للمتعاقد أن يطالب بتعويض كامل عن تلك الزيادة، أما إذا كانت الزيادة بشكل لا يستطيع معه المتعاقد من القيام بأعماله والتزاماته تجاه الإدارة فيحق له عندئذ أن يطالب بالفسخ التعاقد⁽¹⁶⁾.

الفصل الثاني: تمييز العقد الإداري عن باقي العقود الأخرى

نتحدث في هذا الفصل عن فكرة العقد الإداري من خلال الصفة العمومية، بعد ذلك التمييز بين الصفقات العمومية والعقود المدنية، ثم العقد الإداري من خلال عقود الامتياز، وأخيراً التمييز بين الصفقات العمومية والعقود التجارية.

المبحث الأول: العقد الإداري من خلال الصفة العمومية: تعتبر الصفة العمومية من حيث المبدأ عقداً إدارياً وجاء أول قانون للصفقات العمومية ليعطي تعريفاً كاملاً للعقد الإداري حيث ينص في المادة الأولى من خلال: الأمر رقم: 90/67 المؤرخ في: 17/06/1967 " الصفقات العامة هي عقود خطية تجريها الدولة والمحافظات والبلديات والمؤسسات والدواوين العامة وفق الشروط المنصوص عليها في القانون وذلك بهدف تحقيق أشغال أو توريدات أو خدمات".

ومن بين العناصر المختلفة التي أعلنها المشرع أشكال العقد (المعيار الشكلي) وكذلك المعيار العضوي ويتمثل في أطراف العقد. أمّا المعيار المادي يتمثل في موضوع العقد، ويظهر المعيار العضوي أكثر وضوحاً من أجل توظيف الصفة العمومية، وفي مجال المنازعات يستنتج الحل من المادة 07 (ق.إ.م) فكل عمل قانوني تكون الإدارة طرفاً فيه (الدولة .الولاية .البلدية .المؤسسات العامة) يعود الاختصاص للقاضي الإداري، إذا فكلما كانت جهة إدارية حاضرة في العقد فإن القاضي الإداري هو المختص.

وفي المرسوم رقم: 10-236 المعدل عرفها من خلال المادة 04: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، ترم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة" المبحث الثاني: التمييز بين الصفقات العمومية والعقود المدنية (1) من حيث مراكز أطراف العلاقة العقدية: إنّ العقد المدني يحتل أطرافه مرتبة واحدة ولا امتياز لطرف على طرف، بينما العقد الإداري وبالنظر لاحتوائه عضوياً على إدارة عامة أو هيئة عمومية وجب الاعتراف لها بالتمتع بامتيازات السلطة العامة⁽¹⁷⁾.

(2) من حيث إجراءات إبرام العقد: تخضع الإدارة والهيئة العامة لطرق محددة وإجراءات طويلة وثقيلة ولرقابة معقدة، بينما العقد المدني يحكمه مبدأ الحرية التامة في اختيار الطرف المتعاقد كما تتم إجراءاته بسرعة كبيرة.

(3) من حيث الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاع: يعقد الاختصاص بالنظر في الخصومات الناجمة عن تنفيذ الخصومات الإدارية لجهة القضاء العادي، بينما يعقد الاختصاص بالنظر في منازعات الصفقات العمومية كأصل عام للقضاء الإداري أو لجهة محددة تشريعاً.

المبحث الثالث: العقد الإداري من خلال عقود الامتياز: يقصد بالامتياز بمفهوم القانون عقد من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه

شخصا اعتباريا عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية⁽¹⁸⁾.

وبالتالي فعقد الإمتياز هو عقد إداري يتولى الملتزم فردا كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنتها عقد الامتياز⁽¹⁹⁾، مثال: امتياز مرفق نقل المسافرين وفي الأصل يعتبر ذا طابع تعاقدية عليها لأنه يأخذ الصفة الاتفاقية بين شخص عام وشخص خاص.

وحقوق وامتياز كل فريق تنجم عن عقد الامتياز، ولكن نجد أن دوجي وهوريو انتقدا هذه الأطروحة وقالوا بالطبيعة المختلطة لصك الامتياز (عقد الامتياز) فيجب أن يحتوي الصك على أحكاما تعاقدية وأحكاما تنظيمية.

فالأحكام التنظيمية تتعلق بتنظيم وتشغيل المرفق العام ويمكن أن تعدل بصورة انفرادية من قبل الادارة دون استشارة صاحب الامتياز والذي يحق له من جهته طلب التعويض تطبيقا لنظرية فعل الأمير أو نظرية الظرف الطارئ، ويعتبر أسلوب الامتياز الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العمومية.

طبيعة وموضوع عقد الامتياز: يتميز عقد الامتياز لكونه يحتوي على نوعين من الشروط:

شروط تعاقدية: تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

شروط تنظيمية: وهي شروط تملك الجهة الادارية سلطة تعديلها في أي وقت وكلما دعت حاجة المرفق العام لذلك.

غير أنه يظهر مشكل هو فقدان تشريعي يحكم عقد الامتياز وعليه بالرغم من أن عقود الامتياز هي ذات طابع تعاقدية وإداري فهي لا تمثل نموذجا حقيقيا لتعريف العقد الاداري (عندما يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدية باهضا جدا ودون أن يصبح مستحيلا فارقه بحيث يهدد المدين

بجسارة يخفض القاضي بقدر معقول وتبعا للظروف..) مثال قرار 1916/05/15 الشركة العامة للإنارة في بوردو.

المبحث الرابع: التمييز بين الصفقات العمومية والعقود التجارية: تتميز الصفقة العمومية عن العقد التجاري من زوايا عدة أبرزها:

(1) من حيث قوة الإثبات: إنّ العقد التجاري يثبت بوسائل عدة، ولقد سنّها المشرع الجزائري في قواعد إثبات العقد التجاري، وهي:

السندات الرسمية والسندات العرفية والفواتير المقبولة والدفاتر التجارية للطرفين والإثبات بالبينة وهذا ما قرّره المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، بينما العقد الإداري لا يثبت إلا بالكتابة.

(2) من حيث طرق الإبرام: إنّ الصفقة العمومية يأخذ إبرامها مراحل طويلة وإجراءات معقدة، بينما العقد التجاري يتمشى وطرق إبرام هذا العقد مع حركة المجتمع التجاري وبسرعة⁽²⁰⁾.

(3) التمييز بين الصفقات العمومية وعقود العمل: لقد عرّف الفقه عقد العمل على أنه "اتفاق يلزم بمقتضاه شخص بوضع نشاطه في خدمة شخص آخر وتحت إشرافه مقابل أجر.

ويتبين لنا من تعريف عقد العمل أنّه قد يقترب من الصفقة العمومية خاصة وأنّ هذه الأخيرة قد يكون موضوعها خدمة، وعقد العمل هو الآخر ينصب على خدمة يقدمها العامل لصاحب العمل. غير أنّه مع ذلك تظل الصفقة العمومية تتميز عن عقد العمل من جوانب كثيرة ومتنوعة أبرزها:

1- من حيث عنصر الشكل: إنّ عقد العمل لا يشترط فيه الكتابة وهذا ما أشارت إليه المادة 8 من القانون رقم: 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المؤرخ في: 21-4-1990 بينما الصفقة العمومية يشترط فيها الكتابة بل هو ركن العقد.

2- من حيث طرق الإبرام وقواعد الرقابة: تختلف الصفقة العمومية عن عقد العمل سواء من موضوعها أو طرق إبرامها أو قواعد رقابتها، بينما عقد العمل يبرم في مدة وجيزة ويخضع هو الآخر لأطر رقابية خاصة.

3- من حيث قواعد الاختصاص القضائي: تعرض منازعات العمل على مستوى المحكمة الابتدائية وهذا بعد المرور وجوبا بمرحلة الصلح طبقا للمادة 502 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بينما تشكل المحكمة الفاصلة في منازعات الصفقات العمومية فقط من قضاة⁽²¹⁾.

الخاتمة

من خلال ما سبق يمكن القول إنّ العقود الإدارية - ونقصد بالتحديد قانون الصفقات العمومية - تبقى خاضعة للتطور لتساير المتغيرات التي تعرفها الدولة سواء على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي أو النظام القانوني، كما أنّ هذا النوع من العقود في الجزائر خضع لتطور مهم كان لكل من الفقه والتشريع والقضاء دور فيه، وهو ما تبين في التعديلات التي طرأت عليه في سنوات 2003 و2008 ومرسوم 2010 وتعديل 2011 و2012 و2013، حيث كلما اتضحت ثغرة في هذا العقد بادرت الهيئات المختصة بالعمل إلى إيجاد حلول بهدف حماية المصلحة العامة والتقليل من التحايل وتبديد المال العام، وهذا ما يفسر التحول الذي عرفه هذا العقد فيما يخص نظريتي السلطة العامة والمرفق العام.

الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، دار الفكر العربي القاهرة 1991، ص 49.
 - (2) محمود حلمي: العقد الإداري، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة 1977، ص 208.
 - (3) ثروت بدوي: المعيار المميز للعقد الإداري، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، القسم الثاني العددان الثالث والرابع، القاهرة 1957 ص 120.
 - (4) محمود حلمي: المصدر السابق ص 13.
 - (5) محمود حلمي: المصدر السابق ص 14.
 - (6) ماهر صالح علاوي الجبوري: القانون الإداري، جامعة الموصل، العراق 1989 ص 147.
- وقد صدر حكم لمحكمة القضاء الإداري المصري في هذا الصدد في: 24 أبريل 1956 جاء فيه: "متى كان من الثابت أنّ وزارة التموين بصفتها المشرفة على مرفق التموين في البلاد تدخلت في أمر سلعة الشاي واتخذت الإجراءات وأصدرت من التشريعات ما رأته كفيلاً بتحقيق ما تهدف إليه من توفير سلعة من السلع...وعهدت بذلك إلى لجنة توزيع الشاي ثم المعنيين الذين أصبحوا مسؤولين عن توصيل هذه السلعة بعد تعبئتها إلى التجار في مختلف أنحاء البلاد فإنّ ذلك في تحقيقه يتضمن أمراً بتكليف هذه اللجنة بخدمة عامة ومن ثم تكون

- الاتفاقات والعقود التي تعقدتها هي عقود إدارية يتم فيها تغليب الصالح العام على المصلحة التجارية"، القضية 83 لسنة 6 قضائية، مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري، السنة العاشرة، مطبعة خيمر ص 308 – 307.
- (7) ابراهيم طه الفياض: القانون الإداري، مكتبة الفلاح، الكويت، 1989 ص 29.
- (8) A. DE LAUBADERE : « Traite élémentaire de droit administrative » 6eme édition, parais 1973.
- (9) عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 2008 ص 57.
- (10) محمود محمد حافظ: نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، طبعة 1982 ص 16، وكذلك ثروت بدوي: القانون الإداري، دار النهضة العربية 1988 ص 167.
- (11) القضية رقم 222 لسنة 10 قضائية، المجموعة، السنة الحادية عشر، ص 88.
- (12) محمود حلمي: المصدر السابق ص 26.
- (13) منير محمود الوتري: العقود الإدارية وأغاطها التطبيقية في إطار التحولات الاشتراكية، الجزء الأول، بغداد 1979، ص 200.
- (14) نقلا عن: علي الفحام: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، 1976، ص 34.
- (15) المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في: 7 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم بالصفقات العمومية ج ر عدد 58، المعدل.
- (16) المادة 113 من المرسوم الرئاسي 10-236 المرجع السابق.
- (17) عمار بوضياف: الصفقات العمومية في الجزائر، دار جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص 60.
- (18) المادة 4 من الأمر رقم: 96-13 المؤرخ في: 15 يونيو 1996 والمتضمن قانون المياه. مأخوذ عن عمار بوضياف: عقد الامتياز ودوره في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص. محاضرات غير منشورة.
- (19) سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، القاهرة 1991، ص 108.
- (20) عمار بوضياف: المرجع السابق، ص 61.
- (21) عمار بوضياف: المرجع السابق ص 65 – 66.

النظام القانوني للصفقات العمومية ودوره في تفسير المال العام

د.عائلي فضيلة
جامعة باتنة

مقدمة

تعدّ الصفقات آلية للنهوض بأعباء التنمية الشاملة، مترجمة بذلك أهداف هذه الأخيرة على أرض الواقع من خلال إنجاز الأشغال والقيام بالتوريدات وتنفيذ الخدمات الواقعة على عاتق السلطات العمومية ومنها بطبيعة الحال الجماعات المحلية وبمشاركة القطاع الخاص.

فالصفقات العمومية تحقق إذن عدة أهداف، فهي أداة لتدخل كل الأطراف: الإدارات العمومية وشبه العمومية، الجماعات المحلية والقطاع الخاص، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهي وسيلة وتقنية للتنسيق بين التخطيط والتطبيق.

كما تعد الصفقات العمومية الأداة الإستراتيجية التي وضعها المشرع في أيدي السلطة لإنجاز العمليات المالية المتعلقة بإنجاز تسيير وتجهيز المرافق العامة إذ إنّ الاقتصاد الجزائري يعتمد بصفة أساسية على ضخ الأموال العامة من أجل تنشيط العجلة الاقتصادية وذلك بزيادة حجم النفقات العمومية ومنه فنظام الصفقات يعد الوسيلة الأمثل لاستغلال وتسيير الأموال العامة.

إنّ تنظيم الصفقات العمومية يعتبر من أكثر المواضيع ارتباطا بالواقع السياسي والاقتصادي لأي بلد، والجزائر مثل غيرها من البلدان منذ نيل استقلالها وهي تحاول إرساء قوانينها الخاصة بهذا المجال، باعتبار أن الصفقات العمومية من أهم العقود على أساس أن الإدارة طرف فيها بخصوص العقود المبرمة من طرف الدولة أو مختلف هيئاتها فإنها تبرم من طرفهم على أنهم أشخاص معنوية تظهر في شكل الإدارة.

بحيث تظهر الإدارة مظهرا سياديا أي بوصفها سلطة عامة متخذة تدابير وامتيازات السلطة العامة. وهنا تحدد الإدارة وبمفردها مجموعة بنود العقد الذي يوصف بأنه عقد إداري، إنّ أبرز مظهر تتميز به الصفقات العمومية عن غيرها من العقود وخاصة المدنية والتجارية أن الصفقة العمومية تحوّل جهة الإدارة ممارسة جملة من السلطات تتمثل في سلطة الإشراف والرقابة وسلطة التعديل وتوقيع الجزاءات وسلطة إنهاء الصفقة.

ولأنّه يتعين أن يتم إبرام الصفقة العمومية ضمانا لعدة غايات عامة أهمها ضمان وإتاحة المنافسة على مستوى واسع من أجل الحصول على الصفقة، مساواة المترشحين، التسيير الحسن للمال العام، أولوية المصلحة العامة على المصالح الخاصة، الحفاظ على توازن مصالح الطرفين (الإدارة والمتعاقد معها).

وعلى ضوء ما تقدم نحاول من خلال هذه الورقة البحثية تقسيم هذه الدراسة المتواضعة إلى المحاور التالية:

أولا: الإطار النظري للصفقات العمومية

1- مفهوم الصفقات العمومية وأهميتها.

2- تطور النظام القانوني للصفقات العمومية وأهدافها في الجزائر
ثانيا: المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء والفقه منها.

1-المعيار العضوي و الشكلي .

2- المعيار الموضوعي و المالي .

ثالثا: دور الصفقات العمومية في تسيير المال العام.

1- كيفية وإجراءات إبرام الصفقات.

2- سلطات الإدارة في الصفقات العمومية

أولا: الإطار النظري للصفقات العمومية.

1- مفهوم الصفقات العمومية وأهميتها.

بهدف التحكم في مصطلح الصفقات العمومية يقتضي الأمر منا إعطاء تعريف لها سواء من ناحية التشريع أو اجتهادات القضاء أو الفقه.

-التعريف التشريعي: يجب أن نسوق أولا التعريف التشريعي، على أساس أن التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات الأخرى. عرف المشرع الجزائري عبر قوانين الصفقات المختلفة الصفقات العمومية.

نعرض هذه التعريفات حسب التدرج الزمي.

-قانون الصفقات الأول الأمر (67-90): عرفت المادة الأولى من الأمر 67-90 الصفقات العمومية بأنها "إن الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة تبرمها الدولة أو العملات أو البلديات أو المؤسسات والمكاتب العمومية قصد إنجاز أشغال أو توريدات أو خدمات ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون".

- المرسوم المتعلق بصفقات المتعامل العمومي (82-145): عرفت المادة الرابعة من المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي الصفقات العمومية على أنها: "صفقات المتعامل العمومي عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود، ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال أو اقتناء المواد والخدمات".

- المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لسنة (91): لم يبتعد المرسوم التنفيذي رقم 91-343 المؤرخ في 9 نوفمبر 91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عن سابقه كثيرا وقدمت المادة الثالثة منه تعريفا للصفقات العمومية بقولها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود ومبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة".

- المرسوم الرئاسي المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية (02-250): قدمت المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي تعريفا للصفقات العمومية بقولها: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به. ترم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة".

- المرسوم الرئاسي رقم (10/236) المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ولا سيما المادة الرابعة منه حيث نصت على أن الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ترم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة.

والعقد وفق القانون المدني المادة 54 منه تنص: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

نلاحظ من هذا التعريف أنها تشمل إحدى العمليات الآتية:

- اقتناء اللوازم (اقتناء المصلحة أو إنجاز عتاد أو مواد موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها).

- إنجاز الأشغال (قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها، ويمكن هنا أن نجد صفتين واحدة للأشغال والأخرى للدراسات تشمل المراقبة التقنية والجيوثقنية)

- تقديم الخدمات.

- إنجاز الدراسات (القيام بدراسات نضج واحتمالات تنفيذ مشاريع أو برامج تجهيزات عمومية بضمان أحسن شروط لإنجازها أو استغلالها).

ويبدو من خلال النصوص السابقة والتي صدرت في حقبة زمنية مختلفة بل وفي مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة، مدى إصرار المشرع الجزائري

على إعطاء تعريف للصفقات العمومية وإن اختلفت صياغته بين مرحلة وأخرى⁽¹⁾.

ولعلّ إصرار المشرّع على إعطاء تعريف للصفقات العمومية يعود بالأساس للأسباب التالية:

- إنّ الصفقات العمومية تخضع لطرق إبرام خاصة ولإجراءات في غاية من التعقيد. لذا وجب إعطاء تعريف لها لتمييزها عن باقي العقود الأخرى.

- إنّ الصفقات العمومية تخضع لأطر رقابية خاصة داخلية وخارجية.
- إنّ الصفقات العمومية تخول جهة الإدارة مجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في عقود أخرى وهو ما سنحلّله لاحقا.

ولما كانت الصفقات العمومية تبرم بطرق خاصة وتحكمها إجراءات معقّدة وتخضع لأنواع كثيرة من الرقابة، وأنّها تتيح لجهة الإدارة ممارسة جملة من الامتيازات أو السلطات، وجب حينئذ وبالنظر لهذه الأسباب خاصة إعطاء تعريف للصفقات العمومية، حتى يتسنى معرفة العقود التي تبرمها جهة الإدارة والمعنية بطرق الإبرام وبإجراءاته المحددة تنظيما والمعنية بالرقابة المحددة في قانون الصفقات العمومية بأنواعها المختلفة. وكذلك معرفة العقود التي تمارس فيها الإدارة مجموعة من السلطات و الامتيازات.

وبناءً على ذلك فإنّ إعطاء تعريف للصفقات العمومية يمكننا من التّاحية القانونية من معرفة العقود الإدارية المشمولة بقانون الصفقات العمومية.

وليس المشرّع الجزائري فقط من عرف الصفقات العمومية بل المشرّع التونسي أيضا وهذا طبقا لما جاء في الفصل الأول من الأمر عدد 3158 المؤرخ في 17-12-2002 الذي تمّ تنقيحه بمقتضى الأمر عدد 1638

المؤرخ في 4 أوت 2003 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية بأنها: "عقود مكتوبة تبرم لإيجاز أشغال أو للتزود بمواد أو لتقديم خدمات أو لإيجاز دراسات تحتاجها الإدارة" كما عرّف المشرع اللّبي في لائحة العقود الإدارية رقم 263 بتاريخ 17-05-2000 العقد الإداري في المادة 3 من اللائحة. "يقصد بالعقد الإداري في تطبيق أحكام هذه اللائحة كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة (جهة الإدارة) بقصد تنفيذ مشروع من المشاريع المعتمدة في الخطة والميزانية أو الإشراف على تنفيذه أو تقديم المشورة الفنية أو تطوير أو تسيير المرافق العامة لخدمة الشعب بانتظام واطراد متى كان ذلك العقد يشمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية ويستهدف تحقيق المصلحة العامة"⁽²⁾.

-التعريف القضائي.

رغم أن المشرع الجزائري عرّف الصفقات العمومية في مختلف قوانين الصفقات، إلّا أنّ القضاء الإداري الجزائري، حال فصله في بعض المنازعات قدّم تعريفا للصفقات العمومية. وإن كان ملزما بالتعريف الوارد في التشريع والمتعلق بالصفقات العمومية وأن لا يخرج عنه، غير أنّ الوظيفة الطبيعية للقضاء تفرض عليه إعطاء تفسير وتحليل لهذا التعريف إن كان ينطوي على مصطلحات ومفاهيم غامضة ومحاولة ربطه بالوقائع محل الدعوى. ومن هنا وجب علينا تتبع اجتهادات القضاء وإضافاته.

تعريف القضاء الإداري الجزائري:

ذهب مجلس الدولة الجزائري في تعريفه للصفقات العمومية في قرار له غير منشور مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 فهرس 873 إلى القول: "...وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة

بالخواص حول مقابلة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات...⁽³⁾. يبدو من خلال هذا المقطع من تعريف الصفقات العمومية أن مجلس الدولة حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنها رباط عقدي يجمع الدولة بأحد الخواص. في حين أن العقد الإداري أو الصفقة العمومية يمكن أن تجمع طرفا آخر غير الدولة ممثلا في الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية خاصة وأن القوانين الجاري بها العمل تعترف لهذه الهيئات بحق التقاضي وعلى رأسها القانون المدني في نص مواد 49 و50. وقانون البلدية، وقانون الولاية. ولم يصرف التعريف القضائي أي أهمية لعنصر الشكل⁽⁴⁾.

أن التعريف أيضا استعمل مصطلح مقابلة وهو عقد مدني بينما الصفقة العمومية وهي في مجملها تشكّل نظرية العقد الإداري والتي تتميز بأحكام خاصة تجعلها تستقل عن نظرية العقد المدني. -التعريف الفقهي.

عرّف الفقه العقد الإداري على أنه: "العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص"⁽⁵⁾.

2- تطور النظام القانوني للصفقات العمومية وأهدافها في الجزائر.

أ/ تطور النظام القانوني للصفقات العمومية

إن تنظيم الصفقات العمومية يعتبر من أكثر المواضيع ارتباطا بالواقع السياسي والاقتصادي لأي بلد، والجزائر مثل غيرها من البلدان منذ نيل استقلالها وهي تحاول إرساء قوانينها الخاصة بهذا المجال، فعند استقلال الجزائر وسدا منها للفراغ القانوني قررت بموجب القانون 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 الاستمرار بالعمل بالتشريع الفرنسي ما عدا ما

يتعارض مع السيادة الوطنية.

وكون الصفقات العمومية مجال استراتيجي لاستهلاك الأموال العامة وتنفيذ المشروعات فقد أصدر المشرع مرسوماً تحت رقم 103/64 المؤرخ في 1964/03/26 قرر بموجبه إنشاء اللجنة المركزية للصفقات العمومية التي عهد لها اختصاص اتخاذ الأحكام القانونية وإجراءات تنفيذ الصفقات العمومية⁽⁶⁾.

ثمّ تمّ إصدار الأمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 المتضمن الصفقات العمومية وهي أول خطوة تشريعية في مجال الصفقات العمومية.

تبعه بعد ذلك صدور المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 المتعلق بتنظيم صفقات التعامل العمومي، وذلك سعياً من المشرع لإضفاء نوع من الليونة والبساطة في إبرام الصفقات العمومية. وكانت قد صدرت نصوص قانونية لها علاقة مباشرة بميدان الصفقات العمومية ومنها القانون رقم: 01/88 وهو القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية وكذا القانون رقم: 21/90 المؤرخ في: 1990/08/15 المتعلق بالحاسبة الوطنية⁽⁷⁾.

وبظهور الظروف الاقتصادية الجديدة التي دعت البلاد للدخول في اقتصاد السوق ظهرت الحاجة إلى تعديل يتماشى وهذه الظروف، وكان ذلك بموجب القانون رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/09 المتعلق بالصفقات العمومية.

ونظراً لجملة الثغرات القانونية التي تمّ الوقوف عليها، تمّ إصدار المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 2003/09/11 والمرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 2008/11/26⁽⁸⁾.

وكحوصلة لجميع المراسيم والقوانين الخاصة بالصفقات العمومية تمّ إصدار المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 الذي يعتبر حاليا الركيزة الأساسية لإبرام الصفقات العمومية والذي عدل مرة واحدة سنة 2011.

ب/مميزات الصفقات العمومية.

من حيث الشكل: عقد مكتوب. ومن حيث الموضوع: إنجاز أشغال، اقتناء مواد، اقتناء خدمات، إنجاز دراسات.

كل صفقة يجب أن ترافقها ثلاث دفاتر:

- دفتر التعليمات المشتركة، تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات المتعلقة بنوع واحد من الأشغال واللوازم والدراسات أو الخدمات الموافق عليها بقرار من الوزير المعين.

- دفتر التعليمات الخاصة، تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة.

- دفتر الشروط الإدارية العامة، المطبقة على صفقات الأشغال واللوازم الدراسات والخدمات الموافق عليها بموجب مرسوم تنفيذي.

حيث أنه حسب المادة 11 من المرسوم 236/10 المصالح المتعاقدة يجب عليها أن تحدد حاجاتها الواجب تلبيتها والمعبر عنها بحصص منفصلة أو بحصة وحيدة، وتترجم ذلك فيما يعرف بدفتر شروط المناقصة الذي يخضع لدراسة لجان الصفقات المختصة قبل انطلاق إجراءات إعلان المناقصة⁽⁹⁾.

- سقف الإبرام: 8.000.000 دج للأشغال والتوريدات و4.000.000 دج للخدمات والدراسات (مع العلم أن هذا السقف يتم تحيينه دوريا بقرار من وزارة المالية حسب معدل التضخم و الأوضاع الاقتصادية).

كما أنّ الصفقات لا تصح إلا بموافقة ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة، ويمكن لكل سلطة مختصة أن تفوض صلاحياتها في هذا المجال إلى المسؤولين المكلفين بأي حال بتحضير الصفقات وتنفيذها طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

ج- أهداف الصفقات العمومية:

لقد كان إصدار المرسوم الرئاسي 236/10 الخاص بالصفقات العمومية والذي يعتبر حالياً المرجع الأساسي والركيزة لإبرام أي صفقة يهدف لتحقيق جملة من الأهداف نذكر أهمها:

-التوافق مع السياق الإقتصادي للبلد وما هو معمول به دولياً، تحكم أكبر في الطلب العمومي

-تدعيم مراقبة الصفقات العمومية.

-ضمان التسديد والاستعمال الحسن للمال العام.

-تدعيم آليات الرقابة وكذا الوقوف على المقدرة الحقيقية للاقتصاد الوطني.

ثانياً: المعايير التشريعية للصفقات العمومية وموقف القضاء والفقه منها. إذا كانت الصفقات العمومية عقوداً إدارية محدّدة بموجب التشريع فلا شك أن المشرع بتقنينه للعمل والنشاط التعاقدية للإدارة يكون قد حدّد معالم وعناصر تميّز بها الصفقة العمومية. وهو ما أكد عليه المشرّع في مختلف قوانين الصفقات العمومية.

غير أنّ وضع معايير للصفقات العمومية من جانب المشرّع لم يمنع القضاء وكذلك الفقه من تقديم التفصيل حول هذه المعايير. بل إنّ كثيراً من هذه المعايير ذات منشأ قضائي ولعب الفقه دوراً كبيراً في تحليلها وتأصيلها.

1-المعيار العضوي والشكلي .

-المعيار العضوي وموقف المشرع منه.

يتميّز العقد الإداري أو الصفقة العمومية من حيث الجانب العضوي أنّ الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة الإدارية طرفاً أساسياً فيه. أي أنّ أحد أطراف الصفقة شخص من أشخاص القانون

العام، فالعقد الذي لا تكون أحد الجهات الإدارية المستقلة طرفا فيه أو الجهات التي حددها التشريع لا يمكن اعتباره صفقة عمومية⁽¹⁰⁾.

- مرحلة تنظيم الصفقات العمومية الحالي (المرسوم الرئاسي 10-236).

نصت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي أعلاه على ما يلي: " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصومة ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة."

واضح من المادة أعلاه أنّ المشرّع وخلافا لنصوص سابقة فصل بشأن الهيئات الخاضعة لتنظيم الصفقات العمومية فذكر هيئات ومؤسسات قديمة ذكرت في نصوص سابقة. وذكر هيئات جديدة وردت لأول مرة نوضح ذلك فيما يلي:

1- الإدارات العمومية:

إنّ هذا الوصف يتسم بشيء من الشمولية والإطلاق. فتدخل تحت طائلته الدولة باعتبارها تتمتع بالشخصية القانونية والمعنوية طبقا للمادة 49 و50 من القانون المدني الجزائري. ويدخل تحت هذا الوصف الكبير الأشخاص المركزية الأخرى كرئاسة الجمهورية والوزارة الأولى أو رئاسة الحكومة والوزارات المختلفة والمصالح الخارجية للوزارات المتمثلة في المديريات التنفيذية على مستوى الولايات.

- الهيئات الوطنية المستقلة:

ويقصد بالهيئات الوطنية المستقلة السلطات غير التنفيذية المستقلة كالبرلمان بغرفتيه (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) والمجلس الدستوري والمحكمة العليا ومجلس الدولة ومجلس الحاسبة والهيئات الاستشارية الوطنية كالمجلس الإقتصادي والاجتماعي. إذ قد تضطر هذه

الهيئات جميعا إلى الدخول في علاقة عقدية بعنوان صفقة عمومية من أجل قيامها بنشاطها.

2- الولاية:

تعتبر الولاية مجموعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وهي وحدة إدارية منفصلة عن الدولة من جهة انفصالا عضويا وقانونيا، ومنفصلة أيضا عن البلدية. ونظرا لأهميتها ذكرت الولاية كتنظيم إداري في كل الدساتير الجزائرية فالولاية تشكل كيانا ذاتيا ولها وجود مستقل كرسه القانون المدني في المادة 49 و50، وكرسه أيضا قانون الولاية.

ولما كانت الولاية تتمتع بأهلية التعاقد الثابتة والمؤكد في هذه النصوص، فإن وظيفتها داخل التنظيم الإداري للدولة وأعبائها المختلفة تفرض عليها الدخول في علاقات عقدية لتنفيذ مشاريع تنمية وخدمة الجمهور⁽¹¹⁾.

البلدية:

تعتبر البلدية البنية القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي. وهي وحدة إدارية منفصلة انفصالا عضويا وقانونيا عن كل من الدولة والولاية. وقد تمّ ذكرها هي الأخرى في كل دساتير الدولة فالبلدية تشكل كيانا مستقلا وذاتيا ثبتته القانون المدني في المادة 49 و50 وكرسه أيضا قانون البلدية.

ولما كانت البلدية تتمتع بالشخصية المعنوية وبأهلية التعاقد فإنّ وظيفتها ضمن إطار التنظيم الإداري للدولة ومهامها المختلفة والمتنوعة تفرض عليها هي الأخرى الدخول في علاقات عقدية من القانون العام بهدف النهوض بأعباء التنمية المحلية وخدمة الجمهور.

3- المؤسسات العمومية:

لقد جاءت المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 10-236 مفضلة بشأن أنواع المؤسسات العمومية المعنية بالخضوع لقانون الصفقات العمومية. فذكرت المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، فإلى جانب المؤسسات العمومية الإدارية ذكر مراكز البحث والتنمية والمؤسسات

الاستثناء الوارد على القاعدة:

إذا كان المشرع الجزائري قد شدد على عنصر الكتابة في مختلف قوانين الصفقات العمومية كما رأينا للأسباب المذكورة، فإنّه أورد استثناء على القاعدة حددته المادة 7 من المرسوم الرئاسي 10-236 بقولها: "تبرم الصفقات العمومية قبل أيّ شروع في تنفيذ الخدمات وفي حالة وجود خطر يهدد الاستثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة يمكن للوزير أو الوالي المعني أن يرخص بمقرر معلل بالشروع في بداية تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة. ترسل نسخة من هذه الرخصة إلى الوزير المكلف بالمالية⁽¹³⁾."

من النص أعلاه يتبيّن أنّ المشرع جعل الأصل أنّ التنفيذ عملية لاحقة على الإبرام وهذا الأخير مرهون بالكتابة، فلا تنفيذ إلا بعد توقيع الصفقة من الجهة المخولة قانونا بذلك.

غير أنّ المشرع منح ترخيصا للمصلحة المتعاقدة فمكّنها من إجراء تنفيذ العقد أو الصفقة قبل عملية الإبرام، وعلّق الأمر على ترخيص يمنح من الوزير الوصي على القطاع المعني بالصفقة أو الوالي المختص إقليميا وهذا بموجب مقرر معلل أي يحتوي على جملة من الأسباب تسوغ اللجوء للتنفيذ قبل مباشرة عملية الإبرام.

ولا شك أنّه لا يمكن اللجوء لهذا الأسلوب أو هذا الترخيص إلا في حالات محدّدة لذلك جاء نص المادة أعلاه بعبارة: "...في حالة وجود خطر يهدد الاستثمار أو ملكا للمصلحة المتعاقدة...".

كما فرضت المادة سالفه الذكر إعداد صفقة تصحيحية خلال مدة ثلاثة أشهر من بدء التنفيذ إذا كان موضوع الصفقة يفوق أربعة ملايين دينار جزائري بما يؤكد مرة أخرى على أهمية الكتابة. فرغم أنّ التنفيذ بدأ وقطع شوطا معتبرا. فهذا لا يعني إهمال عنصر الكتابة بل لا بدّ من إجراء وإعداد صفقة تصحيحية.

2- المعيار الموضوعي و المالي.

- المعيار الموضوعي وموقف المشرع الجزائري منه.

رجوعا لقوانين الصفقات العمومية الجزائرية والصادرة في مراحل اقتصادية وسياسية مختلفة نلاحظ أنّ المشرع لم يثبت على طريقة واحدة في وصف متى نكون من حيث موضوع العقد أمام صفقة عمومية. فتارة نجد النص القانوني يوسع من نطاق الصفقة العمومية أحيانا، وأحيانا أخرى يضيق من هذا النطاق.

إنّ الإدارة تبرم عقودا كثيرة ولا يمكن بحال من الأحوال اعتبار جميع ما تبرمه من عقود مختلفة بمثابة عقود إدارية إذ الشرط الأساسي لاعتبار العقد إداريا أن تسلك الإدارة فيه طريق القانون العام.

لذا وجب إبعاد جملة من العقود التي تبرمها الإدارات العمومية والحكم بعدم صلاحية إطلاق وصف الصفقة العمومية عليها من قبيل ذلك مثلا عقود التأمين وعقود النقل والتزويد بالغاز والكهرباء وغيرها من العقود الخاصة، ولما كانت الصفقات العمومية عقودا إدارية محدّدة تشريعا من حيث موضوعها وجب حينئذ الرجوع للتشريع لمعرفة موضوع الصفقة العمومية، وعليه فإنّ المرسوم الرئاسي 10-236 في المادة الرابعة حصر ذلك في عقود الأشغال وعقود التوريد وعقود الخدمات أضاف عقود الدراسات.

- المعيار المالي وموقف المشرع الجزائري منه:

لما كان للصفقات العمومية صلة وثيقة بالخزينة العامة وجب حينئذ ضبط حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية. ذلك أنّه من غير المعقول إلزام جهة الإدارة على التعاقد بموجب أحكام قانون الصفقات العمومية في كل الحالات وأيا كانت قيمة ومبلغ الصفقة بما ينطوي عليه إبرام الصفقة من مراحل طويلة. ومن ثمة للمشرع صلاحية تحديد الحد الأدنى المالي المطلوب لإعداد صفقة عمومية مع إمكانية تغيير هذا الحد بين الفترة والأخرى لأسباب اقتصادية. ومع إمكانية تغيير هذا الحد بين صفقة وأخرى فما صلح كحد لعقد الخدمات

لا يصلح كحد لعقد الأشغال العمومية بما تتطلبه هذه الأخيرة من أموال ضخمة.

ويبدو الهدف من وراء فرض حد مالي أدنى لاعتبار العقد صفقة عمومية، تخضع لقانون الصفقات، هو ترشيد النفقات العامة. ميّز المشرّع فما يخص الحد الأدنى بين عقود الأشغال وعقود التوريد من جهة وعقود الخدمات والدراسات من جهة أخرى. فالحد الأدنى المطلوب في عقود الأشغال وعقود التوريد طبقا للمادة السادسة "كل عقد أو طلب يساوي مبلغه ثمانية ملايين دينار (8.000.000 دج) أو يقل عنه لخدمات الأشغال أو اللوازم وأربعة ملايين دينار (4.000.000 دج) لخدمات الدراسات أو الخدمات لا يقتضي وجوب إبرام صفقة في مفهوم هذا المرسوم". كما نصّت المادة 6/5 من نفس المرسوم على أنّ: "يمكن تحيين المبالغ المذكورة أعلاه بصفة دورية بموجب قرار من وزير المالية وفق معدل التضخم المسجل رسميا. "(ومراعاة لحركية وتيرة الاقتصاد الوطني). -معيّار الشروط الاستثنائية (البند غير مألوف) وموقف المشرّع الجزائري منه:

سبقت الإشارة أنّ وجه تميّز العقد الإداري عن العقد المدني يكمن في أنّ العقد الإداري يحوّل جهة الإدارة ممارسة مجموعة سلطات وامتيازات لا وجود لها على صعيد القانون الخاص. وقد أقرّت بالأساس لتمكين الإدارة من تحقيق الأهداف المرجوة من وراء تعاقدتها وفي تلبية حاجات الأفراد وتحقيق المصلحة العامة.

فالمادة 2/112 من المرسوم الرئاسي 10-236 اعترفت صراحة للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد بعد توجيه إنذار للطرف المتعاقد بهدف الوفاء بالتزاماته وهو ما لم يقرره المشرّع في القانون المدني⁽¹⁴⁾.

-المعايير التشريعية وموقف القضاء الجزائري منها.
إذا كان المشرع الجزائري قد خصّ العقود الإدارية أو الصفقات العمومية بتشريع خاص ولم يضعها للقانون الخاص (المدني والتجاري)، فقد حرص من جهة أخرى على تحديد جملة من المعايير التي تميز الصفقات العمومية عن غيرها من عقود الإدارة المختلفة.
والحقيقة التي لا يمكن إنكارها أنّ هذه المعايير سابقة الذكر ساهمت مساهمة كبيرة في مساعدة أجهزة القضاء الإداري لتطبيق أو إبعاد قواعد الصفقات العمومية بحسب توافر هذه المعايير من عدم توافرها.
ويتبين من خلال الكثير من القرارات أنّ مجلس الدولة طبق نصوص قانون الصفقات العمومية تطبيقاً كاملاً ولم يجد عنها.

-المعايير التشريعية وموقف الفقه منها.
يعرف الفقه العقد الإداري على أنّه: "عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وتظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام. وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص". وانطلاقاً من هذا التعريف رسم الفقه معايير العقد الإداري المتمثلة في:

-المعيار العضوي، ويقصد به أن تكون الإدارة طرفاً في العقد،
-المعيار الموضوعي (ارتباط العقد بالمرفق) ويقصد به أن يتعلق موضوع العقد بإدارة وتسيير مرفق عام

معيار البند غير المألوف أو وسيلة القانون العام، لا يكفي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد لإضفاء الطابع الإداري عليه ومن ثم إخضاعه لقانون الصفقات العمومية وبالتالي التصريح باختصاص القاضي الإداري بالفصل في المنازعة الناتجة عن هذا العقد. بل ينبغي أن تكشف جهة الإدارة عن رغبتها في استخدام وسيلة القانون العام عند التعاقد⁽¹⁵⁾.

ثالثاً: دور الصفقات العمومية في تسيير المال العام.

1-كيفية وإجراءات إبرام الصفقات.

إن إبرام الصفقات العمومية يهدف إلى تحقيق أهداف مسطرة أغلبها تدور حول التسيير الجيد للأموال العمومية كذلك تفضيل

المصلحة العامة على المصلحة الخاصة والمحافظة على توازن مصالح الطرفين.

وتبرم الصفقات العمومية تبعا لنوعين من الإجراءات:

- إجراء المناقصة وإجراء التراضي.

إجراء المناقصة: لمناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعاقدين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض، إذا فالمناقصة تشكل الأصل العام والإجراء التقليدي لإبرام الصفقات العمومية، ويمكن أن تكون المناقصة ووطنية أو دولية ويمكن أن تأخذ أحد الأشكال التالية:

- المناقصة المفتوحة: وهي إجراء يمكن من خلاله أي مترشح أن يقدم تعهدا

- المناقصة المحدودة: وهي إجراء لا يسمح فيه بتقديم تعهد إلا للمترشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الخاصة التي تتخذها المصلحة المتعاقدة مسبقا.

- الاستشارة الانتقائية: هي إجراء يكون المترشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه المدعوون خصيصا للقيام بذلك بعد انتقاء أولي للتنافس على عمليات معقدة ذات أهمية خاصة.

- المزايدة: وهي إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقترح أحسن عرض، وتشمل العمليات البسيطة من النمط العادي ولا تخص إلا المترشحين الوطنيين أو الأجانب المقيمين في الجزائر.

- المسابقة: هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية واقتصادية وجمالية أو فنية خاصة. كيفية المناقصة: إن إجراء المناقصة يمر بعدة مراحل يمكن تلخيصها فيما يلي:

- مبدأ المنافسة: تخضع المناقصات بصورة إلزامية للمنافسة، وتعني بمبدأ المنافسة هنا هو إعطاء الفرصة لكل من توافر شروط المناقصة ليتقدم بعرضه للإدارة المتعاقدة.

وهذا لا يعني انعدام سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة، فالإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير الأكفاء من التعاقد حيث لها الحق في استخدام هذا الحق في كافة مراحل العملية التعاقدية ولكن حق الاستبعاد يكون بنصوص قانونية.

-مبدأ المساواة: عن طريق تطبيق مبدأ المنافسة يتحقق مبدأ المساواة بين المترشحين، فالمساواة أمام المرفق العام تقضي كل تفضيل في إسناد الصفقة وبالتالي يمكن اعتبارها مصدر المنافسة.

فالمساواة إذا هي في الوقت نفسه أساس المنافسة ووسيلة لخدمة المنافسة.

-مبدأ الإشهار: تخضع المناقصات مبدأ الإشهار الذي يعتبر وسيلة لضمان المنافسة، بدعوة المؤسسات للعرض، كما يعتبر الإشهار وسيلة لضمان الشفافية وبالتالي يعمل على احترام القانون. إذن فالمناقصة تبدأ بالدعوة العمومية للمنافسة عن طريق الإشهار⁽¹⁶⁾.

أما مناقصات الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري الموضوعة تحت وصايتها والتي تتضمن صفقات الأشغال أو التوريدات والتي تقل مبلغها أو يساوي 50.000.000 دج تبعا لتقييم إداري، أو صفقات الدراسات والخدمات التي يقل مبلغها أو يساوي 20.000.000 دج أن تكون محل إشهار محلي حسب الكيفيات التالية:

- نشر الإعلان عن المناقصة وإصاقه بالمقرات المهنية.
- للولاية، لكافة بلديات الولاية، لغرفة التجارة والصناعة والحرف، والفلاحة، للمديرية التقنية المهنية في الولاية. ويجب أن تتجنب الإدارة أن تكون المدة التي يستغرقها صدور الإعلان أو إتمام النشر سببا في سقوط العارضين في المشاركة أو إنقاص بعض الأيام بسبب عملية النشر كما يجب أن تعمل على السماح الأكبر عدد ممكن من العارضين بالمشاركة، وبالتالي توسيع مجال المنافسة. كما يجب إشهار تمديد مهلة صلاحية تقديم العروض إذا رأت المصلحة المتعاقدة أن الظروف المستلمة غير كافية

لإقامة المنافسة. وطبقا للمادة 40 يجب أن يحتوي إعلان المناقصة على مجموعة من البيانات الإلزامية.

- مرحلة تحديد المواقف وتقديم العروض:

بعد عملية الإشهار وإعطاء مهلة محددة للمعنيين لتحديد مواقفهم اتجاه هذه المناقصة فإنّ على المهتمين أن يحرروا عروضهم حسب النموذج المحدد من طرف الإدارة، ووضعها في ظرفين مختومين، حيث يتضمن الظرف الخارجي تحديد المناقصة المراد المشاركة فيها، أمّا الظرف الداخلي الذي يكتب عليه اسم المترشح فإنّه يتضمن العرض، وترسل هذه الظروف عن طريق البريد المضمون الوصول. ويتم إيداع العرض في أجل يحدد تبعا لعناصر معينة تبعا لعناصر معينة، العرض التقني، (العرض المالي).

- مرحلة إجراء المناقصة وإرسالها:

يقصد بها لجنة فتح الأظرف ولجنة تقييم العروض. وتتكون من أعوان إداريين عاديين وتجتمع اللجنة في اليوم الأخير لإيداع العروض وتكون الجلسة علنية وبحضور المتعهدين.

- مرحلة المصادقة على الصفقة وإتمام شكيلات الإبرام:

وتعتبر مرحلة المصادقة آخر مراحل المناقصة وتتم من قبل المسؤول عن الصفقات أو السلطة الوصية بالنسبة للجماعات المحلية، وتصبح نهائية بهذه المصادقة ولا تصبح الصفقات ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة. بعد إتمام عملية الإبرام والمصادقة. وبهذه الإجراءات المختلفة تنتهي كيفية المناقصة بالمصادقة على الصفقة من طرف الشخص المختص قانونا ويتم نشر المنح المؤقت للصفقة بعد اختيار الشريك المتعاقد في نفس اليوميات التي أسند لها نشر إعلان الصفقة مع إظهار السعر، أجل التنفيذ وعناصر اختيار منح الصفقة.

كيفية وإجراءات التراضي:

إنّ إجراء المناقصة يمر عن طريق إجراءات معقدة وطويلة المدى مما يجعل الإدارة لا تستطيع اللجوء إليها في بعض الظروف. كما أنّ بعض الحالات لا تستدعي كل هذه الإجراءات لهذا تمّ الترخيص دائما للإدارة بإمكانية التعاقد بكيفية التراضي. و"التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة" ويأخذ التراضي شكلين:

- شكل التراضي البسيط، وهذا الإجراء هو قاعدة استثنائية لإبرام العقود.

- التراضي بعد الاستشارة، وتنظيم هذه الاستشارة يكون بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أية شكلية أخرى أي إبرام الصفقة بإقامة المنافسة عن طريق الاستشارة المسبقة والتي تتم بكافة الوسائل المكتوبة كالبريد والتلكس وبدون اللجوء إلى الإجراءات الشكلية المعقدة للإشهار.

2- سلطات الإدارة في الصفقات العمومية

-سلطة الإشراف

إنّ أبرز مظهر تتميز به الصفقات العمومية عن غيرها من العقود وخاصة المدنية والتجارية أن الصفقة العمومية تخوّل جهة الإدارة ممارسة جملة من السلطات تتمثل في سلطة الإشراف والرقابة وسلطة التعديل وتوقيع الجزاءات وسلطة إنهاء الصفقة.

يقصد بسلطة الإشراف تحقّق الإدارة من أنّ المتعاقد معها يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية على النحو المتفق عليه⁽¹⁷⁾. أمّا سلطة الرقابة فتتمثل في حق الإدارة في التدخل لتنفيذ العقد وتوجيه الأعمال واختيار طريقة التنفيذ في حدود الشروط وضمن الكيفيات المتفق عليها في العقد. وتجد هذه السلطة أساسها في فكرة المرفق العام، لا النصوص التعاقدية. فهي ثابتة للإدارة حتى ولو لم ينص عليها العقد. وهنا يبرز الفرق الواضح بين العقد الإداري والعقد المدني. وتعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قررت للمصلحة العامة. كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها. فهي ليست

بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت سلطة الإشراف والرقابة لحماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة.

- سلطة التعديل.

تعد سلطة التعديل أحد أهم مظاهر تميّز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص. فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أيا منهم بسلطة انفرادية تجاه الآخر يمكنه من تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة وإلزام الطرف الآخر بهذا التعديل. فإنّ العقد الإداري يمكن جهة الإدارة تعديله بالزيادة أو النقصان بإرادتها المنفردة⁽¹⁸⁾. وتأصيل ذلك يعود لحسن سير المرافق العامة والمصلحة العامة وسلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار محدد وضوابط دقيقة تتمثل فيما يلي:

- أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد؛
 - أن يكون للتعديل أسباب موضوعية؛
 - أن يصدر قرار التعديل في حدود القواعد العامة للمشروعية؛
- سلطة توقيع الجزاء.

تملك الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة توقيع جزاءات على المتعاقد معها إذا ثبت إهماله أو تقصيره في تنفيذ أحكام العقد، أو عدم مراعاته آجال التنفيذ. ولم يحترم شروط التعاقد أو تنازل عن التنفيذ لشخص آخر وغيرها من صور الإخلال المختلفة⁽¹⁹⁾. ويعود تأسيس سلطة توقيع الجزاء إلى فكرة تأمين سير المرافق العامة بانتظام واطراد، سلطة توقيع الجزاءات تتمثل في الضغط أكثر على المتعاقد معها وإجباره على احترام شروط العقد والتقيّد بالأجال وكيفيات التنفيذ دون حاجة للجوء للقضاء. وهذه الجزاءات تترجم في جزاءات مالية (الغرامات، مصادرة مبلغ الضمان)، وسائل الضغط⁽²⁰⁾.

-سلطة إنهاء العقد:

يستهدف هذا الامتياز أو السلطة المخولة للإدارة إنهاء الرابطة التعاقدية وقطع العلاقة بينها وبين المتعامل المتعاقد. ويفترض هنا في هذه الحالة أن يقدم المتعامل المتعاقد على ارتكاب خطأ جسيم يحول للإدارة ممارسة هذه السلطة⁽²¹⁾، غير أن سلطة فسخ العقد، وبالنظر لخطورتها وأثارها، فإن الإدارة قبل ممارستها تلزم بإعذار المعني بالأمر.

الخاتمة:

من خلال دراستنا للصفقات العمومية نلاحظ أن هذه الأخيرة تتمتع بأهمية كبيرة في تسيير الأموال العمومية للدولة والاستعمال الأمثل لها ومن خلال دراستنا لمختلف قوانين الصفقات العمومية في الجزائر منذ الاستقلال لاحظنا أنها في البداية كانت متأثرة تأثرا كبيرا بقانون الصفقات العمومية الفرنسي سنة 1964 وهذا بفعل العامل التاريخي والزمي، بالإضافة إلى ثغرات كثيرة لا يمكن حصرها في هذا البحث، وعموما فإن قانون الصفقات العمومية يجب أن يواكب التحولات السياسية ولا بأس به في التحول من الاقتصاد المخطط إلى اقتصاد السوق كذلك أن المفاوضات جارية مع المنظمة العالمية للتجارة مع العلم أن هذه الأخيرة تفرض شروطا من أهمها إصلاح المنظومة القانونية وهذا ما تسعى إليه الجزائر دوما من أجل تطوير قانون الصفقات العمومية. ولتدعيم ذلك يجب إعطاء للرقابة أهمية كبرى وخاصة السابقة منها، حتى نستطيع تجنب الأخطاء وتصحيحها في حال وقوعها مع وضع السبل الكفيلة لمنع تكرارها في المستقبل وبالتالي تستطيع الإدارة العمومية أن تحوّل ميدان المنافسة. وفي الأخير نخلص إلى القول بأن الصفقات العمومية تعتبر الأداة الفعالة في تسيير واستعمال الأموال العمومية.

الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) الدكتور سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية دراسة مقارنة ط 5، القاهرة، دار الفكر العربي، 1991، ص28.

- (2) انظر: الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإسكندرية دار الفكر الجامعي، 2005، ص8.
- (3) الدكتور محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، جامعة القاهرة فرع بن سويف، كلية الحقوق، 1999، ص14.
- (4) انظر: المستشار حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية، الإسكندرية منشأة المعارف، 1998، ص4.
- (5) للاطلاع على تعريفات أخرى للقضاء الإداري المصري راجع الدكتور عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، الإسكندرية منشأة المعارف 2003، ص10 وما بعدها
- (6) انظر: الدكتور رضا جنيح، القانون الإداري، تونس مركز النشر الجامعي 2004، ص233.
- (7) انظر: الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، جامعة الإسكندرية كلية الحقوق، 1989، ص274.
- (8) انظر: الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص218.
- (9) انظر: الدكتور أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، الإسكندرية منشأة المعارف، 2002، ص5.
- (10) انظر: الدكتور ثروت بدوي، القانون الإداري، القاهرة، دار النهضة العربية، 2002، ص402.
- (11) الدكتور فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، الإسكندرية مؤسسة شباب الجامعة، 1973، ص640.
- (12) انظر: المرسوم التنفيذي 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 يحدد كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها وسيرها (الجريدة الرسمية رقم 82-1999) والمرسوم التنفيذي رقم 99-257 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 يحدد كفاءات إنشاء وحدات البحث وتنظيمها وسيرها.
- (13) ورد الاستثناء في المادة 7 من المرسوم التنفيذي 91-434. وفي المادة 10 من المرسوم 82-145 المذكور.
- (14) راجع وقارن المواد 59 وما بعدها من القانون المدني الجزائري مع المواد من 99 و100، المرسوم الرئاسي 02-250.
- (15) الدكتور عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري الجزائري، دار ربحانة، 2002، ص156.
- (16) الدكتور محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987، ص6.
- (17) الدكتور محمد أنس جعفر قاسم، الوسيط في القانون العام- أسس وأصول القانون الإداري القاهرة، مطبعة أخوان مورا فتلي، 1984، ص166.
- (18) انظر: الدكتور عصمت عبد الله الشيخ، المرجع السابق، ص257. وأيضا: الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص240.
- (19) الدكتور سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص454.
- (20) انظر: الدكتور محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص73.

(21) أقر مجلس الدولة الفرنسي قاعدة وجوب الإعذار قبل توقيع الجزاء في غير حالات الغرامة التأخيرية ما لم تتضمن الصفقة حكما صريحا يعفي الإدارة من اللجوء للإعذار. انظر: قرارات مجلس الدولة الفرنسي أشار إليها حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 247 وما بعدها. وانظر للمقارنة مع أحكام الفسخ المدني المادة 119 من القانون المدني الجزائري.

الإجراءات السابقة على التعاقد في مجال الصفقات العمومية

د. خضري حمزة
جامعة المسيلة

مقدمة

إنّ المشرع في مختلف الدول لا يكتفي بذكر طرق التعاقد الواجب على الإدارة مراعاتها عند اختيار المتعامل المتعاقد معها فقط، ولا بالإجراءات المصاحبة لإبرام الصفقات العمومية فحسب وإنما يضع قواعد إجرائية دقيقة سابقة لأي إجراء تعاقدى تكون ملزمة لكافة الجهات الإدارية، لأنها تحدد موضوع الصفقة ومواصفاتها الفنية والتقنية، كما يمكن التأكد من خلالها من مدى نجاعة وفعالية المشروع في الوصول للأهداف التي يسعى إلى تحقيقها من جهة، ومدى ملاءمته للظروف العامة التي سينجز في ظلها من جهة أخرى، حيث تتمثل هذه الإجراءات في:

- تحديد الحاجات العمومية،

- تنسيق الطلبات العمومية،

- التخصيص،

- القيام بالدراسات الأولية،

- تسجيل المشاريع العمومية

المطلب الأول: تحديد الحاجات العمومية

تناول المشرع الجزائري عملية تحديد الحاجات العمومية في المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في: 07 أكتوبر 2010 والمتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم، والتي جاء فيها ما يلي: ((تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة، مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة، ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها وكميتها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعدّ على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها...تضبط

المصلحة المتعاقدة، لتحديد حدود اختصاص لجان الصفقات، المبلغ الإجمالي للحاجات مع أخذ ما يأتي وجوبا بعين الاعتبار:

- القيمة الإجمالية للحاجات المتعلقة بنفس عملية الأشغال، فيما يخص صفقات الأشغال،

- تجانس الحاجات، فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات⁽¹⁾.

نستنتج من خلال نص هذه المادة أنّ المشرع الجزائري ألزم المصالح المتعاقدة بضرورة تحديد الحاجات الواجب تلبيتها في دفتر الشروط، من حيث طبيعتها وكميتها بدقة قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة، خاصة في الصفقات المتعلقة بالتوريد واللوازم إذ تسعى المصالح المتعاقدة إلى تحديد اللوازم والسلع محل الصفقة وذلك لضمان اقتناء المنقولات التي هي في حاجة إليها فقط دون غيرها وهو الأمر الذي أكدّ عليه المتدخلون في الندوة المنظمة بتاريخ: 11، 12 و13 جانفي 2003 بفندق الأوراسي بالجزائر العاصمة من طرف مجموعة Vip Groupe تحت عنوان: دفاتر الشروط الوظيفية والتقنية وتحديد الحاجات العمومية عند كتابتها وإعدادها:

((le cahier des charges fonctionnel et technique de l'analyse du besoin a la rédaction du cahier des charges))⁽²⁾

حيث جاء في وثيقة هذه الندوة أنّ تحديد الحاجات العامة قبل الدعوة إلى التعاقد في مجال الصفقات العمومية هو وسيلة من الوسائل التي تستعملها الإدارة لترشيد النفقات العامة، كما تستخدم لاجتناب التبذير والإسراف، لأنّ المصلحة المتعاقدة بعد قيامها بعملية التحديد لن تشتري سلعا أو لوازم أكثر من حاجياتها، كما لا يمكن أن تشتري سلعا رديئة حيث إنّها تختار الأحسن والأجود منها، مع السعي إلى التعاقد مع من يقدم أحسن وأفضل الأسعار، وهو نفس الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع الفرنسي بموجب المادة 05 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي، التي نصت على إلزام المصالح المتعاقدة بتحديد الحاجات العامة المطلوب تلبيتها بدقة قبل كل دعوة إلى المنافسة أو قبل كل تفاوض غير

مسبوق بدعوة إلى المنافسة مع مراعاة ضرورة احترام أهداف التنمية المستدامة⁽³⁾.

ألزم المشرع الجزائري في المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في: 07 أكتوبر 2010 والمتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم المصالح المتعاقدة بتحديد الحاجات العمومية في حدود اختصاص لجان الصفقات العمومية التابعة لها مع مراعاة القيمة الإجمالية لأشغال نفس العملية فيما يخص صفقات الأشغال، وتجانس الحاجات فيما يخص صفقات اللوازم والدراسات والخدمات وقد وضع المشرع الجزائري في هذه المادة معيار المواصفات التقنية كأساس لتحديد الحاجات العامة دون أن يحدد معنى وطبيعة هذه المواصفات، مما يفتح المجال واسعا للإدارة في اختيار الطريقة التي تحدد على ضوءها هذه المواصفات وفق سلطتها التقديرية، وهو ما يهدد فعالية عملية تحديد الحاجات العمومية في ضمان مبدئي المساواة والتنافس بين المترشحين للظفر بالصفقة، وبخاصة أنّ للمصالح المتعاقدة الحرية الكاملة في تحديد المواصفات التقنية في دفتر الشروط، دون قيد أو شرط، وهو ما يعتبر بابا واسعا من أبواب الرشوة والمحسوبية إذ قد تعتمد بعض المصالح على تحديد مواصفات تتفق مع إمكانيات وخصائص متعامل معين لتسهيل إرساء الصفقة عليه.

على خلاف ذلك أشار المشرع الفرنسي إلى أنّ محتوى وطبيعة المواصفات التقنية التي يستند عليها في تحديد الحاجات العمومية سيصدر بموجب قرار عن وزير الاقتصاد، وبين أنّ تحديد الأداءات موضوع الصفقة أو الاتفاقية الإطار يجب أن يكون من خلال مواصفات تقنية تتمثل في ما يلي:

- الرجوع إلى المعايير أو المرجعيات التقنية المعدة من طرف هيئات التقييس (les organismes normalisation).

- اعتماد الأداءات أو المتطلبات الوظيفية التي يجب أن تكون واضحة بشكل كاف حتى تسمح للمترشحين الذين تتوافر فيهم الشروط

الإدارية والتقنية المحددة في دفتر الشروط بالتعرف السهل والبسيط على موضوع الصفقة من جهة، ومن جهة أخرى تسمح أيضا للسلطة المتعاقدة بمنح وإرساء الصفقة⁽⁴⁾.

وقد أكدت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة بوردو الفرنسية- حال فصلها في استئناف الذي رفعته شركة المحاماة (MPC) للمطالبة بإلغاء الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية (Limoges) المتضمن رفض طلبها الرامي إلى إلغاء القرار الذي أصدره رئيس مقاطعة ليموزين (Limousin) في: 21 أكتوبر 2005 الملغى لعرضها المقدم بعد الدعوة إلى المنافسة للتعاقد من أجل تقديم خدمات المساعدة القضائية - أن تضمين دفتر الشروط بمجالات تدخل التعاقد لإنجاز المشروع أو تقديم الخدمات محل العقد، وشكل هذه الأشغال والخدمات وأنماط القيام بها وأجال تنفيذها كاف للتأكد من أن المصلحة المتعاقدة قد احترمت مقتضيات المادة الخامسة من قانون الصفقات العمومية الفرنسي المتعلقة بضرورة تحديد الحاجات المراد تلبيتها⁽⁵⁾

على عكس المشرع الجزائري، قيد المشرع الفرنسي الإدارة في الاستناد على المواصفات التقنية أثناء تحديد الحاجات العمومية بضرورة أن لا يترتب على هذا التحديد عوائق غير مبررة أمام فتح التنافس للظفر بالصفقات العمومية، أو لتحقيق المساواة فيما بينهم⁽⁶⁾.

كما لا يمكن أن تتخذ المواصفات التقنية التي يتم اعتمادها شكل موضة معينة أو شكلا تصنيفيا محددًا، أو منتوجا معينًا بحسب المنشأ، أو علامة تجارية معينة أو براءة اختراع إذا كان ذلك من شأنه تفضيل أو إقصاء بعض المتعاملين الاقتصاديين أو بعض المنتوجات الأخرى، غير أن الاعتماد على مثل هذه المعايير أو على مرجعيتها يمكن قبوله إذا ما كان موضوع الصفقة يبرر ذلك، أو بصفة استثنائية، في الحالات التي لا يكون هناك وصف واضح أو غير كاف للصفقة إلا بدونها ومع ذلك يشترط في هذه الحالة بالتحديد ذكر عبارة أو مصطلح ((أو ما يعادلها))⁽⁷⁾.

افترض المشرع الفرنسي في الإدارة سوء النية، لذلك تدخل من أجل ضمان عدم تعسفه في استبعاد بعض العروض المقدمة من طرف بعض المتعاملين المشاركين في المناقصة نتيجة عدم احترام المواصفات المحددة سلفاً في دفتر الشروط، فمنع المشرع الفرنسي الإدارة أن ترفض أي عرض تحت ذريعة عدم مطابقته للمواصفات إذا أثبت المترشح في عرضه بكل الوسائل المناسبة بأنّ الحلول المقترحة من طرفه تتناسب بصفة متكافئة مع المواصفات المطلوبة، أو يثبت أنّ المعايير والوثائق المماثلة التي يتضمنها عرضه تستجيب للأداءات والمتطلبات الوظيفية المشروطة⁽⁸⁾.

وللمترشح أن يثبت أنّ عرضه متكافئ مع المواصفات المطلوبة بكل الوسائل الممكنة لاسيما الإثبات عن طريق الملف التقني الذي يقدمه المنتج أو المصنع والتقارير المتضمنة الاختبارات أو التجارب التي خضع لها المنتج من طرف الهيئات المعترف بها، مع الإشارة إلى أنّ الهيئات المعترف بها لإجراء مثل هذه التجارب بموجب قانون الصفقات العمومية الفرنسي هي مخابر التجريب أو المعايرة، وأجهزة التقييس، ومأخي شهادة المطابقة طبقاً للمعايير الأوروبية المعمول بها من الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي⁽⁹⁾.

إنّ المشرع الجزائري من خلال المادة 11 من قانون الصفقات العمومية الساري المفعول، اشترط على المصالح المتعاقدة تحديد الحاجات المطلوب تلبيتها قبل الدعوة إلى التعاقد، بالاستناد إلى المواصفات التقنية دون أن يحدد معناها، ودون أن يضع ضوابط وقيود للإدارة في قيامها بهذه العملية، مما يعني أنّه ترك لها السلطة التقديرية في اختيار الكيفية المناسبة لتحديد الحاجات وهو ما يشكل باباً واسعاً من أبواب الفساد في مجال الصفقات العمومية، حيث من الممكن أن يتم تحديد بعض الحاجات مسبقاً بطريقة تتلاءم مع بعض المتعاملين المرشحين للتعاقد، لذلك نجد أنّ المشرع الفرنسي بين بدقة كيفية تحديد المواصفات التقنية ووضع لها ضوابط تتمثل في ضرورة عدم تأثيرها على مبدأ المنافسة الذي تقوم

عليه عملية إبرام الصفقات العمومية، وعدم مساسها بمبدأ المساواة بين المترشحين الراغبين في التعاقد، بل إنّ المشرع الفرنسي ذهب أكثر من ذلك بافتراضه سوء النية في الإدارة، حيث توقع أن يتمّ اعتماد هذه القاعدة استعمالاً جامداً فيتم استبعاد بعض العروض بحجة أنها لم تستوفي الشروط التقنية المطلوبة، فتدخل بإلزام الإدارة بعدم رفض أي عرض بحجة أنه لم يستوفي المواصفات التقنية إذا أثبت المترشح في عرضه أن العرض الذي قدمه يعادل ويكافئ الشروط المتعلقة بالمواصفات التقنية التي حددتها الإدارة، وله أن يثبت ذلك بكل الوسائل الإثبات المتاحة.

المطلب الثاني: تنسيق وتجميع الطلبات العمومية

نظم المشرع الجزائري عملية تنسيق الطلبات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في: 07 أكتوبر 2010 والمتضمن قانون الصفقات العمومية المعدل والمتمم⁽¹⁰⁾، حيث سمح للمصالح المتعاقدة المكلفة بتلبية نفس الطلبات العمومية أن تنسق إبرام صفقاتها عبر تشكيل مجموعات طلبات فيما بينها⁽¹¹⁾.

لم يحدد المشرع الجزائري الهيئات التي يسمح لها القيام بعملية تنسيق الطلبات العمومية، حيث أطلق اللفظ عاماً بنصه على أنه: ((...يمكن للمصالح المتعاقدة...)) على عكس قانون الصفقات العمومية الفرنسي الذي نص على أنه يمكن أن تنشأ مجموعات طلبات للسلع والخدمات كما يلي:

- ما بين مصالح الدولة والمؤسسات العمومية التابعة لها باستثناء المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري.
- بين الجماعات الإقليمية وبين المؤسسات العمومية المحلية.
- ما بين الأشخاص العمومية المذكورة في البندين 1 و 2 المذكورين أعلاه.
- ما بين واحد أو أكثر من الأشخاص العامة المذكورة في البندين 1 و 2 المذكورين أعلاه وواحد أو أكثر من الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون

الخاص أو واحد أو أكثر من المؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الصناعي والتجاري ومجموعات النفع العام ومجموعات التعاون الاجتماعي والطبي أو مجموعات التعاون الصحي مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة أن يكون كلّ عضو من الأعضاء المنتمية لهذه المجموعات يخضع في إبرام عقودها وإجراء مشترياته إلى قانون الصفقات العمومية الفرنسي⁽¹²⁾.

يلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد ألزم المصالح المتعاقدة الأعضاء في مجموعة الطلبات بإبرام اتفاقية تشكيل المجموعة التي تتولى تحديد كفاءات سيرها⁽¹³⁾، كما يمكن للمصالح المتعاقدة التي تنسق إبرام صفقاتها، أن تكلف واحدة منها بصفتها مصلحة متعاقدة منسقة بالتوقيع على الصفقة وتبليغها، على أن تكون كل مصلحة متعاقدة مسؤولة عن حسن تنفيذ الجزء من الصفقة الذي يعينها⁽¹⁴⁾، ومن ثم نستنتج أنّ المشرع الجزائري قد حدد بدقة المصلحة المتعاقدة المختصة بالتوقيع على الصفقة وتبليغها أنّ يبين المصلحة المتعاقدة المكلفة باستلام العروض ودراستها وإرساء الصفقة، على العكس من المشرع الفرنسي الذي نص على أنّ المصالح التي تنسق إبرام صفقاتها أو الاتفاقيات الإطار يمكن أن تقرر أنّ لجنة المناقصات المختصة بهذه العملية هي لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة⁽¹⁵⁾، ومع ذلك فإنّ المشرع الجزائري حدد مجموعة من الضوابط والأحكام التي تخضع لها عملية تنسيق الطلبات العمومية والمتمثلة في ما يلي:

- هو أن تتعلق الطلبات محل التنسيق بين المصالح المتعاقدة باقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر⁽¹⁶⁾.
- تكون مدة صفقة الطلبات سنة واحدة قابلة للتجديد دون أن تتجاوز خمس سنوات.
- يجب أن تبين كمية و/أو قيمة الحدود الدنيا والقصوى للوازم و/أو الخدمات التي هي موضوع الصفقة.
- تحدد صفقة الطلبات إما السعر وإما آلياته وإما كفاءات تحديده المطبق على عملية التسليم المتعاقبة⁽¹⁷⁾.

تجب الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري حاول تعزيز عملية تنسيق الطلبات العمومية عند إصدار قانون الصفقات العمومية الساري المفعول وذلك بإنشاء مرصد الطلب العمومي من طرف الوزير المكلف بالمالية ليتولى القيام سنويا بإحصاء اقتصادي للطلب العمومي وتحليل المعطيات المتعلقة بالجوانب الاقتصادية والمالية والقانونية لهذا الطلب وتقديم التوصيات اللازمة للحكومة، ولتسهيل مهمة عمل هذا المرصد تسهر كل مصلحة متعاقدة على إعداد بطاقةية يحدد نمذجها بموجب مقرر من الوزير المكلف بالمالية وترسلها إليه⁽¹⁸⁾.

المطلب الثالث: التخصيص ((L'allotissement))

تقوم الإدارة قبل الدعوة للتعاقد وبعد تحديد الحاجات المراد تلبيتها بتخصيص هذه الحاجات في شكل حصة واحدة تخصص لمعامل متعاقد وحيد أو في شكل حصص منفصلة تخصص لمعامل متعاقد واحد أو أكثر على أن يتم تقييم العروض في هذه الحالة حسب كل حصة⁽¹⁹⁾.

إنّ تقدير المصالح المتعاقدة تخصيص الخدمات المراد تلبيتها يرجع إلى طبيعة وأهمية العملية موضوع الأشغال المراد إنجازها أو المنقولات المراد توريدها أو الخدمات المطلوب تقديمها من جهة، ويرجع من جهة أخرى إلى المزايا الاقتصادية والمالية و/أو التقنية التي توفرها العملية⁽²⁰⁾، ومن ثم فإنّ قرار التخصيص من عدمه يتحدد على ضوء السلطة التقديرية للمصالح المتعاقدة التي يتعين عليها دراسة أهمية التخصيص بالرجوع إلى طبيعة موضوع الصفقة والمزايا التي يعود بها هذا التخصيص على الصفقة من الجوانب الاقتصادية والمالية والتقنية، لذلك قيد المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية هذه الرقابة بإلزام الإدارة أن تعلق اختيارها تخصيص الخدمات عند كلّ رقابة تمارسها أي سلطة مختصة⁽²¹⁾، خاصة تلك التي تشرف على الرقابة الإدارية على مشروعية الصفقة كالمفتشية العامة للمالية ومجلس المحاسبة والهيئة الوطنية لمكافحة الفساد.

يتعين على المصالح المتعاقدة أن تنص على التخصيص في دفتر شروط المناقصة وفي الحالة الخاصة بميزانية التجهيز فإن رخصة البرنامج كما هي محددة بموجب مقرر التسجيل الذي أعده الأمر بالصرف المعني، يجب أن تهيكّل في شكل حصص⁽²²⁾.

المطلب الرابع: القيام بالدراسات الأولية

إنّ الدراسات المسبقة التي تقوم بها الإدارة تسمح بتحديد دقيق للحاجات المطلوبة وتسمح باتخاذ القرار النهائي لتنفيذ المشروع، كما تؤمن تنفيذ إنجاز المشروع بصفة سليمة من الأخطاء، وعليه فإنه يتعين القول أن الدراسات المسبقة ضرورية لكل صفقة وأنه يتعين أخذ الوقت اللازم الذي تقتضيه الدراسات واتخاذ القرارات والمخططات المطلوبة بكل وضوح واختيار مكتب أو مكاتب الدراسات المؤهلة أو المختصة بالنظر إلى طبيعة كل مشروع والعمل على توافق الهيئة المتعاقدة مع مكاتب الدراسات، وعليه تشمل الدراسات المسبقة التي تقوم بها المصالح المتعاقدة قبل الدعوة إلى التعاقد إعداد دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروع، القيام بدراسات الملائمة، الدراسات البيئية، دراسات ما قبل تنفيذ المشروع والدراسات الجيوتقنية.

المطلب الخامس: تسجيل المشاريع

تباشر المصالح المتعاقدة، بعد تامة عملية الدراسات الأولية، إجراءات تسجيل المشروع لدى المصالح الإدارية المختصة كي يصبح محل دعوة للتعاقد في إطار الصفقات العمومية لاحقا، وهو ما يكتسي أهمية بالغة بالنسبة للمحافظة على المال العام كون أن إجراءات التسجيل تتطلب القيام بإجراءات قانونية، تتوج بمنح المصالح المتعاقدة رخصة لتنفيذ المشروع، وذلك بعد التأكد من أن المشروع الذي سيتم إنجازه هو مشروع جدي سيعود بالنفع العام على المواطنين، مما يشكل مبررا لتمويل إنجازه بالمال العام.

وفي هذا الإطار أصدر المشرع في إطار تنظيم عملية تسجيل المشاريع العمومية المرسوم التنفيذي رقم: 98-227 المؤرخ في: 13 يوليو 1998 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 09-148 المؤرخ في: 02 ماي

2009 المتعلق بنفقات الدولة للتجهيز الذي ألغى المرسوم التنفيذي رقم: 93-57 المؤرخ في: 27 فبراير 1993 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 96-198 المؤرخ في: 02 يونيو 1996 الذي تناول فيه إجراءات تسجيل المشاريع العمومية حسب الجهة المستفيدة منها مركزية أو قطاعية أو محلية.

الخاتمة:

نستنتج مما سبق ذكره أنّ المشرع الجزائري على غرار الكثير من التشريعات المقارنة في مجال الصفقات العمومية خاصة التشريع الفرنسي وضع مجموعة من الإجراءات السابقة على عملية الدعوة للمنافسة لإبرام الصفقات العمومية والتي ألزم المصالح المتعاقدة المنصوص عليها في المادة 02 من تنظيم الصفقات العمومية القيام بها من أجل التحضير لإبرام الصفقة بطريقة تضمن حماية المال العام وترشيد استعمال النفقات العمومية، إلا أنّ التنظيم القانوني لهذه الإجراءات كان غامضا في بعض الأحيان وضعيفا في أحيان أخرى، وهو ما يتوجب معه مراجعة وتعزيز النصوص القانونية ذات الصلة بها من أجل ضمان الفعالية والنجاعة في تحقيق أهدافها في ضوء ما أشرنا إليه في متن هذه الدراسة.

الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) عدلت هذه المادة بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012، الجريدة الرسمية عدد 04 لسنة 2012.
- (2) وثيقة الندوة المنعقدة بتاريخ 11، 12 و13 جانفي 2003 بفندق الأوراسي بالجزائر، والمنظمة من طرف مجموعة Vip Group.
- (3) Article 5 Code des marchés publics français, www.legifrance.gouv.fr
- (4) Article 6 Code des marchés publics français, www.legifrance.gouv.fr
- (5) www.legifrance.gouv.fr
- (6) Article 6 Code des marchés publics français, www.legifrance.gouv.fr
- (7) Article 6 Code des marchés publics français, www.legifrance.gouv.fr
- (8) Article 6 Code des marchés publics français, www.legifrance.gouv.fr
- (9) Article 6 Code des marchés publics français, www.legifrance.gouv.fr
- (10) المادتان 19 و20 من قانون الصفقات العمومية.
- (11) المادة 19 / 01 من قانون الصفقات العمومية .
- (12) Article 8 Code des marchés publics français, www.legifrance.gouv.fr

- (13) المادة 19 / 04 من قانون الصفقات العمومية .
(14) المادة 19 / 3.2 من قانون الصفقات العمومية .
(15) Article 6 Code des marchés publics français, www.legifrance.gouv.fr
(16) المادة 20 / 2 من قانون الصفقات العمومية.
(17) المادة 20 / 3 من قانون الصفقات العمومية.
(18) المادتان 175 و 176 من قانون الصفقات العمومية.
(19) المادة 15 / 1 من قانون الصفقات العمومية.
(20) المادة 15 / 2 من قانون الصفقات العمومية.
(21) المادة 15 / 2 من قانون الصفقات العمومية.
(22) المادة 15 / 3 من قانون الصفقات العمومية.

إجراءات إبرام الصفقات العمومية: ضمانات للشفافية أم حواجز تقييدية؟

**أ. بن شعلال محفوظ
جامعة بجاية**

مقدمة

يعدّ النظام القانوني للصفقات العمومية الوسيلة المثلى لاستغلال وتسيير أموال الخزينة العمومية، لذلك إلى مصاف الأداة الإستراتيجية التي تتعامل بها السلطة العامة في إبرام عقود تنفيذ مشاريعها. نظراً لارتباط الصفقات العمومية بأموال الخزينة العمومية تمّ وضع جملة من الإجراءات التي يلتزم بها المتعهدون من أول مراحل الصفقة إلى غاية المنح النهائي، وذلك بحجة إرساء مبادئ المنافسة والمساواة حفاظاً على أموال الخزينة العمومية من جهة، وتفادي جرائم المحاباة والرشوة والنفوذ التي كثيراً ما تجد بيئتها استفحالها في مجال الصفقات العمومية.

لذلك وضع المشرّع في أيدي السلطة العامة قانون يرسم معالم الصفقة ويضبطها، بإلزام الإدارة العامة بالمرور بالإجراءات دون تمييز بين المتقدمين للصفقة بهدف إرساء معالم الشفافية. غير أنّ كثرة الإجراءات المعقدة والآليات الرقابية أضحت ترهق كاهل المتقدمين للصفقة من جهة وللإدارة من جهة أخرى، خاصة إذا ما كان المتعهد من دولة أجنبية يخضع لإجراءات إضافية، مما أدت إلى فرض المزيد من القيود على الاستثمار الأجنبي، الأمر الذي يدفعنا إلى طرح إشكالية: مدى اعتبار إجراءات الصفقات العمومية ضماناً للشفافية أم حواجز تقييدية سمحت باستفحال الفساد في الصفقات العمومية؟

للإجابة على الإشكالية لابد من الإعتماد على منهج وصفي تحليلي، وفي بعض المقامات على منهج تحليلي نقدي.

المبحث الأول: مظاهر إرساء إجراءات الصفقة العمومية لضمانة الشفافية
أرسى المشرع الجزائري إجراءات إبرام الصفقات العمومية منذ
أول قانون خاص بالصفقات العمومية غداة الاستقلال⁽¹⁾ إلى غاية القانون
الساري المفعول، المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل والمتمم⁽²⁾، وتحويل
المشرع طرق تحديد الإجراءات (مطلب أول)، ولإعطاء الفعالية والنزاهة
تم فرض إجراءات رقابية صارمة على إبرام الصفقة (مطلب ثاني).
المطلب الأول: تحويل المشرع تحديد طرق إبرام الصفقة العمومية: بهدف
منح الشفافية في إبرام الصفقات العمومية، ألزم المرسوم الرئاسي رقم:
10-236 المعدل والمتمم، المصلحة المتعاقدة في الصفقة باحترام الكيفية
والقوالب التي رسمها القانون⁽³⁾ لإرساء أهم المبادئ التي تقوم عليها الصفقة
العمومية.

الفرع الأول: مكانة مبدأ الشفافية في إطار أحكام قانون الصفقات العمومية:
تكريسا لمبدأ الشفافية فتح المشرع الجزائري المجال أمام المتنافسين لتقديم
عروضهم وتمكينهم من الإطلاع على كل المعلومات المتعلقة بالصفقة
المراد إبرامها، وذلك بإعلامهم ومنحهم آجالا واحدا محددا ومعروفا دون
تمييز بينهم⁽⁴⁾. ولإظهار مدى السعي إلى إرساء نظام قانوني للصفقات
العمومية يحمي طرفي الصفقة، لا بد من البحث عن المبادئ التي تقوم
عليها الصفقة العمومية (أولا)، ثم عن مدى تكريس المبادئ في إجراءات
إبرام الصفقة العمومية (ثانيا).

أولا: أهم المبادئ التي يقوم عليها إبرام الصفقة العمومية: يعود تكريس
المبادئ في تنظيم الصفقات العمومية إلى المرسوم الرئاسي رقم: 02-250
بصفة ضمنية، قبل أن يتم التكريس الفعلي في المرسوم الرئاسي رقم:
08-338، ليتم التأكيد عليه في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل
والمتمم، حسبما تنص عليه المادة 03 "لضمان نجاعة الطلبات العمومية
والاستعمال الحسن، يجب أن تراعي الصفقات العمومية مبادئ حرية
الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية
الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم".

نستنتج من المادة أنّ عملية إبرام الصفقات العمومية تقوم على مبادئ ثلاث:

- مبدأ حرية المنافسة: يقصد بحرية المنافسة فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية، الوطنية والأجنبية لتقديم عروضهم بشرط استيفائهم للشروط المطلوبة⁽⁵⁾، ونظراً لأهمية تمّ تكريسه في قانون المنافسة الجزائري⁽⁶⁾، حسب ما تنص عليه المادة "تطبق أحكام هذا الأمر على الصفقات العمومية ابتداءً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة...".

لتحقيق مبدأ المنافسة لابد أن تقوم المصلحة المتعاقدة بالإعلان عن الصفقة وفق شروط قانونية محدّدة⁽⁷⁾.

- مبدأ المساواة بين المتنافسين: يتمتع هذا المبدأ بمكانة دستورية وفق نص المادة 29 من الدستور الجزائري "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق، أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي".

يُعد هذا المبدأ الأكثر أهمية لكونه مرتبط بمبدأ حرية المنافسة من جهة، ومن جهة أخرى من أكثر المبادئ عرضة للانتهاك نظراً لما يتعرض له المتعاقدون من ممارسات فادحة على المستوى العملي⁽⁸⁾.

يظهر الطعن الصارخ في مبدأ حرية المساواة من طرف المشرّع الجزائري، بسعي هذا الأخير لحماية المنتج الوطني في مختلف النصوص القانونية، منها محاربة الإنتاج الوطني وفق المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 حسب المادة 23 منه التي تمنح أفضلية بنسبة 25% للمنتجات ذات المنشأة الجزائرية و/أو للمؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يجوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، وذلك فيما يخص جميع أنواع الصفقات المنصوص عليها في المادة 13، مما يتناقض مع متطلبات التجارة.

باندماج مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة تتولد معالم الشفافية التي لا يمكن إبرازها إلا بالتطرق إلى إجراءات إبرام الصفقات العمومية. ثانياً: تكريس مبدأ الشفافية في إجراءات إبرام الصفقات العمومية

تتد مظاهر الشفافية في إبرام الصفقات العمومية من مرحلة ما قبل الإعلان عن المناقصة وصولاً إلى مرحلة المنح النهائي للصفقة -إعداد دفتر الشروط: يعتبر دفتر الشروط على أنه وثيقة تتضمن مجموعة من البنود تتصل بموضوع الصفقة، والملف المكون لها، وتحديد الشروط الخاصة بشخص المترشح، والأسس التي يتم الاعتماد عليها في اختيار المتعاقد وكيفية التنقيط بالنسبة للعارضين التقني والمالي، إلى جانب تحديد الخدمات أو السلع المطلوبة، وجميع الشروط الخاصة بإبرام وتنفيذ الصفقة، لذا يعتبر إعداد دفتر الشروط بدقة تحقيقاً لمبدأ شفافية الإجراءات.

يتضح من نص المادة 10 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 أن دفتر الشروط أنواع:

- دفتر البنود الإدارية العامة.

- دفتر التعليمات المشتركة.

- دفتر التعليمات الخاصة⁽⁹⁾.

- الإعلان عن الصفقة: يهدف الإعلان عن المناقصة إلى إضفاء الشفافية على العمل الإداري، حيث يتم من خلاله إعلام المعنيين المقاولين والموردين، مما يفسح المجال للمنافسة بينهم، ويضمن احترام مبدأ المساواة، ويسمح للإدارة باختيار أفضل العروض والمرشحين⁽¹⁰⁾.

يتم الإعلان في الإشهار الصحفي، إذ هو إجراء جوهري تلتزم الإدارة بمراعاته في كل أشكال المناقصة، مفتوحة كانت أو وطنية أو دولية، ولو تم التعاقد بأسلوب الاستشارة أو المزايدة أو المسابقة.

ألزم المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، وبالتحديد في المادة 45 منه الإدارة بالإعلان باللغتين العربية والفرنسية، وفي جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني، مع إجازة إجراء إشهار محلي بالنسبة لمناقصات الولاية والبلدية.

لمنح مبدأ الشفافية فعالية يتم نشر الإعلان الخاص بالمناقصة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي المحدثة بالرسوم التنفيذي رقم: 84-116 وذلك وجوبا.

تتضح رغبة المشرع في إرساء الشفافية والنزاهة بإقرار عدم احترامهما بالبطلان، ووضع الوثائق الخاصة بالمشروع تحت تصرف المترشحين حسب المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236.

أضاف المشرع وسيلة أخرى تسمح بالخطو إلى الأمام في مجال شفافية إبرام الصفقة العمومية، حيث إنه في الباب السادس من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 تحت عنوان "الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"⁽¹¹⁾، تشمل على وسيلة الاتصال الإلكتروني "تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"⁽¹²⁾

-الشفافية في تقديم العطاءات: تلي مرحلة الإعلان، وبعد إعطاء مهلة محدّدة للمعنيين وإعداد الوثائق اللازمة، ثم تحرير المتعهدين لعروضهم حسب النموذج المحدّد من طرف الإدارة أو المصلحة المتعاقدة⁽¹³⁾.

يجب أن تشمل كل التعهدات على عرض تقني وعرض مالي، ويوضعان في ظرف منفصل، مقفل ومختوم يبين كلّ منهما مرجع المناقصة وموضوعها، وأن يوضع الظرفان في ظرف آخر يحمل عبارة "لا يفتح- مناقصة رقم: ... وموضوع المناقصة"⁽¹⁴⁾.

أهمّ ما أكدّ عليه قانون الصفقات العمومية فيما يخص هذه المرحلة، هو إدراج تعهد ضمن العرض التقني تصرّحاً بالنزاهة⁽¹⁵⁾.

-إرساء الصفقة: أقرّ المشرع الجزائري للإدارة سلطة اختيار المتعامل المتعاقد معها إذا ما استوفى جملة من المعايير المعلن عنها، حسب نص المادة 53 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، المعدّل والمتّم.

يظهر تكريس الشفافية في هذا الإجراء بالمنح المؤقت للصفقة الذي تضمنته المادة 49 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر، وذلك بإدراج

المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة، مع تحديد السعر وأجال الإنجاز.

كما ألزمت المادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المصلحة المتعاقدة بتبرير إختيارها عند كل رقابة تمارسها أية سلطة مختصة، وذلك بإعداد المصلحة المتعاقدة لملف كامل يرفق بوثيقة تسمى بطاقة التقديم، التي تتضمن ملخص عن كل الإجراءات التي سبقت المنح المؤقت، وتبرير من خلالها عملية الاختيار.

نلاحظ أنّ هذه المبادئ سبق وأن كرّسها المشرّع في الأمر رقم: 06-01 المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته⁽¹⁶⁾.

-المصادقة على الصفقة: يصدر قرار المصادقة من لجنة البت والإرساء، الذي يبلغ في أجل أقصاه شهر، ولإعطاء شفافية أكثر على الصفقات العمومية، فلا تصبح نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة حسب ما تنص عليه المادة 08 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر. مباشرة بعد اعتماد الصفقة وتوقيع السلطة المخولة بذلك، تدخل مرحلة جديدة وهي مرحلة التنفيذ⁽¹⁷⁾.

المبحث الثاني: تحول إجراءات الصفقة العمومية إلى حواجز تقييدية نتيجة عدم تحقيقها للشفافية

رغم وضع المشرّع الجزائري لإجراءات صارمة لإبرام الصفقات العمومية، إلا أنّها انحرفت عن الغاية التي وضعت من أجلها، وهو تحقيق الشفافية والنزاهة في منح الصفقات حماية لأموال الخزينة العمومية، إلا أنّ الواقع أثبت العكس بانتشار الفساد ونهشه لمجال الصفقات العمومية. المطلب الأول: مظاهر تقييد إجراءات الصفقة العمومية والطعن في شفافيتها: يظهر تقييد حرية المتعهد في إبرام الصفقات العمومية في طول الإجراءات، خرق أهم الضمانات (الفرع الأول)، وكثرة الأجهزة الرقابية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: وضع استثناءات على مبدأ حرية المنافسة: لا يأخذ تطبيق مبدأ المنافسة على إطلاقه، ففي بعض الحالات تجد المصلحة المتعاقدة ضرورة عدم احترامه دون أن يعتبر ذلك إخلالا، وذلك إما تطبيقا لنص

قانوني، أو لأسباب عملية؛ فقد تحدّد المصلحة المتعاقدة بعض الشروط مما يحدّ مجال المنافسة على فئات محدّدة، وكذلك كثرة الإجراءات ولدت فراغات ودفعت بالمشاركين للبحث عن طرق إلتوائية.

أولاً: المنع من المشاركة في صفقة عمومية تطبيقاً لنص قانوني: يمنع من عقد الصفقة العمومية كلّ شخص معنوي ارتكب إحدى المخالفات المنصوص عليها في المواد 01، 02، 05، من الأمر رقم: 96-22 المعدّل والمتمّم⁽¹⁸⁾، وهو ما أتى به المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 بإقصاء المتعاملين الاقتصاديين من المشاركة في الصفقات العمومية إما مؤقتاً أو نهائياً⁽¹⁹⁾.

يظهر من المادة 24 أن المنع يمتد إلى المتعهدين الأجانب في إطار الصفقات الدولية الذين يتعين عليهم الاستثمار في ميدان النشاط نفسه في إطار شراكة خاضعة للقانون الجزائري يجوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، وكلّ إدخال بالشرط يرتب الجزاءات المحدّدة قانوناً من بينها تسجيل المؤسسة الأجنبية التي أخلت بالتزاماتها في قائمة المؤسسات الممنوعة من التعاقد.

ثانياً: المنع من المشاركة لشروط تفرضها المصلحة المتعاقدة: من حق المصلحة المتعاقدة فرض شروط خاصة بالمناقصة خاصة إذا ما تعلّق الأمر بالقدرة المالية والفنية، فلها استبعاد الأفراد الذين يُثبت عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء الأعمال المطروحة في المناقصة، وهذا ما يفسر وجوب تقديم شهادة التخصص والتصنيف للمهنيين⁽²⁰⁾ من قبل المؤسسات التي ترغب في إنجاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والريّ⁽²¹⁾.

تقييد مبدأ حرية المنافسة بالضوابط من شأنه تضيق دائرة التنافس، مما يؤدي إلى منح هذا المبدأ وجهاً آخر للتطبيق.

الفرع الثاني: كثرة أجهزة الرقابة لم يحقق هدفها: خصّص المشرّع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 الباب الخامس للرقابة مما أبرز مكانته في مجال الصفقات العمومية، وهو ما تؤكده المادة 116 بنصها على

"تخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده"

نوع المشرع من الرقابة على الصفقات العمومية ما بين رقابة إدارية وأخرى مالية، إلى جانب إحداث الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته

أولاً: الرقابة الإدارية: تضطلع بمهمة الرقابة الداخلية لجنتان هما: لجنة دائمة لفتح الأظرف تنشئ لدى المصلحة المتعاقدة، ولجنة تقييم العروض حسب المادتين 121 و125 من المرسوم الرئاسي السالف الذكر. أما الرقابة الإدارية الخارجية فنجد أنها متعددة بهدف تحقيق البرنامج الحكومي بكفاءة وفعالية⁽²²⁾، لذلك تم تأسيس لجان الصفقات العمومية على مستويات مختلفة تكفل الرقابة المسبقة للصفقات كل في مجال اختصاصها المحدد عبر التنظيم⁽²³⁾.

تنوعت اللجان المخوّل لها بالرقابة أدى إلى إفراغها من محتواها والدليل على ذلك التصاعد المرهب لمنحنى جرائم الفساد في شتى المجالات، بما فيها الصفقات العمومية.

ثانياً: الرقابة المالية: بعد أن تحظى الصفقة العمومية بتأشيرة لجان الرقابة الخارجية على مستوياتها، تبدأ مهام هيئات أخرى ذات طابع مالي منها تلك التي تمارس قبل الالتزام بتسديد نفقة الصفقة العمومية⁽²⁴⁾.

من بين أهم رقابة مالية نجد تلك التي يقوم بها المراقب المالي للصفقات العمومية وفق القانون رقم: 90-21⁽²⁵⁾.

يعتبر المراقب المالي المرشد والحارس على تنفيذ الميزانية ويقوم بإعلام المصالح بالأخطاء التي يرتكبها الأمرون بالصرف.

كما نجد رقابة المحاسب المالي للصفقات العمومية مباشرة بعد الحصول على تأشيرة المراقب المالي.

تعرف المحاسبة العمومية وفق نص المادة الأولى من قانون رقم 90-21 على أنها تلك الأحكام التنفيذية العامة التي تطبق على الميزانيات والعمليات المالية.

المطلب الثاني: تفاقم ظاهرة الفساد رغم مرور الصفقة بإجراءات خاصة ورقابة مشددة: أمام تفشي ظاهرة الفساد وضرورة البحث عن سلطة مختصة تقوم بمساعدة الدولة في مهمة التنظيم، حيث جاءت المادة 17 من القانون رقم: 01-06 على أنه "تنشأ هيئة وطنية مكلفة بالوقاية من الفساد ومكافحته، قصد تنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال الفساد".

منح المشرع للهيئة مجال واسع لمكافحة الفساد والوقاية منه في شتى المجالات، ومن خلال مختلف أجهزته، كمديرية الوقاية والتحسيس⁽²⁶⁾. يمكن وصف الرقابة على الصفقات العمومية بالمزدحمة⁽²⁷⁾ مما ولّد عدم الفعالية، وعدم تحقيق الشفافية، بدليل تحجج المشاركين في معظم الصفقات بوجود تجاوزات جمة.

لم ينشأ المشرع عن الصفقة العمومية في إخضاعها لرقابة القضاء بنوعيتها، الرقابة الإدارية والرقابة الجنائية، إلا أن ذلك لم يحقق الشفافية والنزاهة اللازمة، ولم يقلل من ظاهرة الفساد.

خاتمة

رغم الجهود الحثيثة الذي تبذله الدولة في مجال مكافحة الفساد وتحقيق الشفافية من جهة، والتخفيف من الإجراءات الرقابية لتفادي عرقلة الاستثمارات، وتحقيق التنمية، وذلك منذ مصادقة الجزائر على الاتفاقيات الدولية الخاصة بالفساد، ووضع القانون رقم: 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد، وتعديل قانون الصفقات بصفة دورية منذ إلغاء المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، إلا أن كثرة الإجراءات وتدخل الجهات الرقابية ولّد قيود بدل تحقيق الشفافية وتفاذي الجرائم، إذ صح قول كلما كثرة أجهزة الرقابة كثرت معه الجرائم.

لتفادي ذلك نرى أنه لا بد أولا من وضع قانون صادر من السلطة التشريعية خاص بالصفقات العمومية، وتضمينه بند ينص على عدم جواز تعديله لمدة محددة لتحقيق الاستقرار التشريعي، وكذلك وضع

جهاز مستقل خاص بالرقابة على الصفقات العمومية، يتمتع أعضاؤه بالحياد وكفاءات معترف بها في المجال مع أدائهم القسم بالحفاظ على أموال الخزينة العمومية والمصلحة العامة، مقابل أجره محترمة لتفادي تقديم لهم الرشاوى.

الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) الأمر رقم: 67-90 المؤرخ في: 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج.، عدد 52، صادر بتاريخ 17 يونيو سنة 1967. (ملغى).
- (2) مرسوم رئاسي رقم: 10-236، مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج.، عدد 58، صادر بتاريخ: 07 أكتوبر سنة 2010، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي 11-98، مؤرخ في أول مارس 2011، ج.ر.ج.ج.، عدد 14، صادر بتاريخ 06 مارس 2011، معدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 11-222 مؤرخ في 16 يونيو 2011، ج.ر.ج.ج.، عدد 34، صادر بتاريخ 19 يونيو 2011، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 12-23 مؤرخ في 18 يناير 2012، ج.ر.ج.ج.، عدد 04، صادر بتاريخ 26 يناير 2012، معدل ومتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03 مؤرخ في 13 يناير 2013، ج.ر.ج.ج.، عدد 02، صادر بتاريخ 13 يناير 2013.
- (3) بن دعاس سهام، التعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص، 05.
- (4) بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر: دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، ط02، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص، 97.
- (5) GIBAL Michel, « Le nouveau code des marches publics, une réforme composite », la semaine juridique, jurés classeur périodique, Edition général, N° 16-17, Paris, 2004, P., 722.
- (6) أمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج.، عدد 43، صادر بتاريخ 20 جويلية 2003، معدل ومتمم بالقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، ج.ر.ج.ج.، عدد 36، صادر بتاريخ 02 جويلية 2008، معدل ومتمم بالقانون رقم 10-05، مؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر.ج.ج.، عدد 46، صادر بتاريخ 18 أوت 2010 .
- (7) نعود بالتفاصيل إلى إجراء الإعلان عند الحديث عن إجراءات إبرام الصفقات العمومية.
- (8) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2013.
- (9) للمزيد من التفاصيل، انظر: تياب نادية، مرجع سابق، ص، 74 وما يليها.
- (10) بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص، 36.
- (11) المادة 173 من المرسوم الرئاسي 10-236، معدل ومتمم، مرجع سابق.

- (12) المادة 174 من المرسوم الرئاسي نفسه.
- (13) قدوح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ط.2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص، 20.
- (14) راجع المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، معدّل ومتمّم، مرجع نفسه.
- (15) تمّ إضافة هذا الشرط في المرسوم الرئاسي رقم 10-236، ويطبق على كلّ المتعاقدين وطنيين كانوا أو أجانب.
- (16) قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ج.ج.، عدد 14، صادر بتاريخ 08 مارس 2006، معدّل ومتمّم بالأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 غشت 2010، ج.ر.ج.ج.، عدد 50، صادر بتاريخ 01 سبتمبر 2010، معدّل ومتمّم بالقانون رقم 11-15، مؤرخ في 02 أوت 2011، ج.ر.ج.ج.، عدد 44 صادر بتاريخ 10 أوت 2011.
- (17) بوضياف عمار، مرجع سابق، ص.، 111.
- (18) أمر رقم 96-22، مؤرخ في 09 جويلية 1996، يتعلق بقمع مخالفات التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، ج.ر.ج.ج.، عدد 43، صادر بتاريخ 10 جويلية 1996، معدّل ومتمّم بموجب الأمر رقم 03-01، مؤرخ في 19 فيفري 2003، ج.ر.ج.ج.، عدد 12، صادر بتاريخ 23 فيفري 2003، معدّل متمم بموجب قانون رقم 06-06-24، مؤرخ في 26 ديسمبر 2006، يتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر.ج.ج.، عدد 85، صادر بتاريخ 27 ديسمبر 2006، معدّل متمم بموجب الأمر رقم 10-03، مؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ج.، عدد 50، صادر بتاريخ 01 سبتمبر 2010.
- (19) راجع المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، معدّل ومتمّم، مرجع سابق.
- (20) عدّل المشرّع من الشروط التي يمنح على أساسها التصنيف وذلك في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 05-114، مؤرخ في 07 أفريل 2005، يوجب على جميع المؤسسات التي تعمل في إطار الحاز الصفقات العمومية في ميدان البناء والأشغال العمومية والري أن يكون لها شهادة التخصيص والتصنيف المهنية، ج.ر.ج.ج.، عدد 26 لسنة 2005.
- (21) تياب نادية، مرجع سابق، ص.، 69.
- (22) خرباشي عقيلة، "دور تعدد أشكال وهيئات الرقابة في ضمان مشروعية الصفقة العمومية"، الملتقى الوطني حول الصفقات العمومية، المركز الجامعي العربي بن مهيدي، يومي 13 و14 ماي 2004.
- (23) LAJOYE Christophe, Droit de marches publiques, BERTI édition, Alger, 2007, P., 46.
- (24) راجي كرمعة، بركان زهية، "وضع ديناميكية جديدة لتفعيل دور الجماعات المحلية في التنمية: مراقبة ميزانية الجماعات المحلية"، الملتقى الدولي حول تسيير وتمويل الجماعات المحلية في ضوء التحولات، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2010، ص، 01.
- (25) قانون رقم 90-21 مؤرخ في 15 أوت 1990، يتعلق بالحاسبة العمومية، ج.ر.ج.ج.، عدد 35، صادر سنة 1990.

(26) للمزيد من التفاصيل، انظر:

سعادي فتيحة، المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون عام، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2010.

- زوايمية رشيد، "ملاحظات حول المركز القانوني للهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، تيزي وزو، 2008.

(27) هناك من يضيف رقابة مجلس المنافسة في حال الإخلال بقواعد المنافسة، وحججهم نص المادة الثانية من الأمر رقم 03-03 السالف الذكر، مما قد يؤدي إلى خلق نوع من التنازع السلبي أو الإيجابي بين السلطتين.

الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص

أ. عبدلي سهام

جامعة قسنطينة (01)

مقدمة

يذهب الفقه إلى أنّ أحكام القانون المدني لا تتفق في العديد من الأحيان مع مقتضيات سير المرافق العامة لذا يكون لجهة الإدارة في العقود الإدارية حق فرض إراداتها على المتعاقد معها و ذلك في إطار معيار الشرط الاستثنائي الذي يجسد امتيازات السلطة العامة وإتباعها لأساليب القانون العام في مواجهة المتعاقد معها ومن أمثلتها الحق في فسخ العقد بإرادة منفردة⁽¹⁾

وهو ما يفتح مجال التساؤل حول إمكانية تمتع الإدارة في ظلّ قانون الصفقات العمومية بحق فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة مما يجسد مظهرا من مظاهر الشرط الاستثنائي الذي يكرس الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية؟ وما هي القيمة القانونية والقضائية للشرط الاستثنائي في مادة الصفقات العمومية؟ أم أنّ فسخ الصفقة العمومية لا يعدّ إلّا فسخا عاديا كما هو الحال في العقود العادية؟ وستتم الإجابة على هذه التساؤلات ضمن الخطة الآتية:

المطلب الأول: الفسخ بين القواعد العامة وقانون الصفقات العمومية

الفرع الأول: صور الفسخ

الفرع الثاني: آثار الفسخ

المطلب الثاني: القيمة القانونية والقضائية لفسخ الصفقة العمومية

الفرع الأول: في نظام القضاء المزدوج

الفرع الثاني: في النظام الوطني

المطلب الأول: الفسخ بين القواعد العامة وقانون الصفقات العمومية
الفسخ هو حلّ الرابطة العقدية بناءً على طلب أحد طرفي العقد إذا أخلّ الطرف الآخر بالتزامه، فالفسخ جزاء إخلال العاقد بالتزامه ليتحرر العاقد الآخر نهائياً من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد⁽²⁾، فالفسخ هو حلّ الرابطة العقدية بعد نشوئها صحيحة وزوالها بأثر رجعي، وفي هذا السياق يجب التمييز بين الفسخ والانفساخ الذي يكون بقوة القانون عند استحالة التنفيذ لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه وبين الفسخ والشرط الفاسخ الذي يعتبر من أوصاف الالتزام لأنّ الالتزام المقترن بشرط فاسخ هو التزام موجود ونافذ ولكن زواله معلق على تحقق الشرط فإذا تحقق الشرط زال الالتزام بأثر رجعي وكأنه لم يكن وإذا تخلف الشرط استقر العقد نهائياً⁽³⁾ ففي حالة تحقق الشرط الفاسخ لا حاجة لتدخل القضاء على خلاف الفسخ الذي يحتاج كقاعدة إلى صدور حكم بشأنه⁽⁴⁾

ولما كان العقد شريعة المتعاقدين يمكنهما تضمينه ما يشاءان من البنود بما فيها تلك المتعلقة بفسخه، وهو ما ينطبق على عقد الصفقة العمومية فإنّ أول ما يجب الإشارة إليه هو أنّ شروط فسخ عقد الصفقات العمومية دائماً اتفاقية وتشكل جزءاً من البنود التعاقدية لأنّها واردة مسبقاً في عقد الصفقة العمومية والمتعامل المتعاقد على علم مسبق بها ومع ذلك أعلن قبوله لها بإبرامه الصفقة العمومية وهو ما تؤكدته المواد 62 من قانون الصفقات العمومية التي جاء فيها : "ويجب أن تتضمن على وجه الخصوص البيانات الآتية:...شروط فسخ الصفقة" والمادة واردة دون تحديد ما يعني أنّها تشمل الفسخ بصورتيه الجزائي أو الإتفاقي، وكلمة يجب تعي أنّها شكلية جوهرية.

وهو ما تؤكدته أيضاً الفقرة 2 من المادة 112 من قانون الصفقات العمومية التي جاء فيها "لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة عند تطبيقها البنود التعاقدية في الضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها" وذلك

لأنّ عقد الصفقة العمومية عقد شكلي ومكتوب يشكل حجة بما هو واد فيه وإن أطراف العقد دون تمييز بين المصلحة المتعاقدة (الإدارة) والمتعامل المتعاقد لا يستطيعان الاحتجاج بغير ما هو وارد فيه ومن ثمة فإنّ بنود العقد هي القانون المطبق على أطرافه عند النزاع وهو ما يؤكدّه قرار مجلس الدولة في 15/04/2003⁽⁵⁾ قضية مقاولّة الأشغال العمومية (ل.م) ضد بلدية تنس الذي تضمن "...طبقا للمادة 41 من دفتر الشروط الإدارية العامة، فإنّ الحساب العام والنهائي الموقع عليه من طرفي عقد الصفقة العمومية قابل للاحتجاج به على الطرفين الموقعين اللذين لا يستطيعان المنازعة فيه لاحقا..." لهذا لا يجوز الاعتراض على قرارات المصلحة المتعاقدة متى التزمت بتطبيق بنود العقد.

الفرع الأول: صور الفسخ: للفسخ ثلاث صور تتمثل في الفسخ الجزائي والفسخ الاتفاقي والفسخ بإرادة منفردة.

البند الأول: أحكام الفسخ الجزائي: وهو أيضا فسخ من جانب واحد حيث يوقعه أحد المتعاقدين بعد استصداره حكما لمصلحته ضد المتعاقد معه الذي أخل بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

أولاً: أحكام الفسخ الجزائي في القواعد العامة: الفسخ جزاء القوة الملزمة للعقد إلى جانب المسؤولية العقدية فله طابع جزائي وهو من بعض الوجوه عقوبة خاصة⁽⁶⁾، وهو حكم عام في جميع العقود الملزمة لجانبين متى أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه التعاقدية بأن جعله مستحيلا أو امتنع عنه رغم أنه مازال ممكنا⁽⁷⁾ في هذه الحالة يكون للمتعاقد معه طلب حل الرابطة العقدية كي يتخلص من التزامه⁽⁸⁾ ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً لأنّ عدم التنفيذ الجزئي يعتبر في حكم التنفيذ المعيب كما أنه يجب على طالب الفسخ أن يكون قد نفذ التزامه أو على الأقل مستعداً لتنفيذه أو إعادة الحال إلى ما كان عليه⁽⁹⁾ برد ما أخذ أما إذا كان المدين هو الذي استحال عليه إرجاع الحال إلى ما

كان عليه فإن ذلك لا يمنع الفسخ ويقضى في هذه الحالة بالتعويض⁽¹⁰⁾، وعليه فطلب الفسخ الجزائي يكون من جانب واحد وهو جانب المتعاقد الذي نفذ التزامه أو أنه مستعد لتنفيذه، دون المتعاقد الذي أخلّ بالتزامه إذ لا يجوز له أن يطلب الفسخ الجزائي بسبب عدم تنفيذه هو لالتزاماته التعاقدية لأن القاعدة العامة تقضي أن لا يستفيد أحد من خطئه.

و يخضع الفسخ في القواعد العامة للإعذار ورفع دعوى قضائية على النحو الآتي:

الإعذار: يتم إعذار المدين وتكليفه بالوفاء بإنذاره على يد المحضر القضائي أو بطريق البريد على الوجه المقرر قانوناً إلا إذا كان المدين قد صرح كتابة أنه لا يريد التنفيذ ولما كانت صحيفة الدعوى تعتبر بمثابة الإعذار فإن هذا شرط يعتبر مستوفياً بالنسبة لكل من يطلب من القضاء الحكم له بالفسخ⁽¹¹⁾ غير أنه لا ضرورة من الإعذار إذا أصبح التنفيذ غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين (المواد 180 و 181 ق م).
رفع دعوى الفسخ: إذا ما رفعت دعوى فسخ فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً⁽¹²⁾ فمن جهة أولى للقاضي سلطة تقديرية في قبول طلب الفسخ أو في رفضه أو في منح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه بحسب الظروف (المادة 119 ق م) وفي هذه الحالة الأخيرة يجب على المدين التنفيذ خلال هذه المدة وإلا اعتبر العقد مفسوخاً بعد انقضاء المدة ولو أغفل القاضي النص على ذلك في حكمه لأنه لا يمكن للقاضي منح المدين مهلة جديدة، وإذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته فإن القاضي يكتفي في هذه الحالة بالحكم على المدين بتنفيذ الجزء الباقي أو بتعويض الدائن عنه.

ومن جهة ثانية يمكن أن يعدل طالب الفسخ عن طلبه بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحكم ويطلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل لأنه غير بين طلب الفسخ أو التنفيذ العيني إذا كان ممكناً (المواد 119 و 164)

وإذا كان التنفيذ العيني مستحيلا بفعل المدين فله الخيار بين التنفيذ بطريق التعويض أو الفسخ (المواد 119 و 176).

ومن جهة ثالثة يمكن للمدين قبل صدور الحكم في دعوى الفسخ أن ينفذ التزامه ليتجنب الفسخ ولا يبقى حينئذ سوى الحكم بالتعويض عن التأخير إذا كان له موجب⁽¹³⁾.

ثانيا : أحكام الفسخ الجزائي في قانون الصفقات العمومية: تنص المادة 112 ف 1 من قانون الصفقات العمومية على أنه: "إذا لم ينفذ المتعاقد التزامه، توجه المصلحة المتعاقدة إعدارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد".

أغفل قانون الصفقات العمومية طلب فسخ العقد من طرف المتعامل المتعاقد والذي لم يورد بشأنه أحكام خاصة وذلك لأن المتعاقد لن يطلب فسخ الصفقة بعد أن سعى إليها ولكنه يلجأ إلى طلب التعويضات المالية إذا أخلت المصلحة المتعاقدة بالتزاماتها ، وإن كان الافتراض يقتضي الإجابة على هذه الحالة فإنّ الفسخ من جهة المتعاقد يحض أولاً لبنود الواردة بالصفقة ثم القواعد العامة.

لكنه نظم الفسخ الذي يكون من طرف المصلحة المتعاقدة رغم أنّه لم يخرج عن القواعد العامة في كونه اعترف لها بفسخ عقد الصفقة العمومية بشرط أن يكون المتعامل المتعاقد قد أخلّ بالتزامه وهو ما نصت عليه المادة 112 أعلاه التي تضمنت عبارتي "إذا لم ينفذ المتعاقد التزامه... وإن لم يتدارك تقصيره".

فبطبيعة الحال الحق في طلب الفسخ في هذه الحالة يثبت للمصلحة المتعاقدة حتى في القواعد العامة وليس للمتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزامه نتيجة إهمال أو تقصير وهو ما يثير التساؤل حول أهمية إضافة عبارة "من جانب واحد" فالأكيد طبقا للقواعد العامة أنّ طلب الفسخ يثبت لجانب واحد وهو المتعاقد الذي نفذ التزامه أو مستعد

لتنفيذه وهو في هذه الحالة المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد الذي امتنع عن التنفيذ نتيجة إهمال أو تقصير وهو المتعامل المتعاقد فكما سبقت الإشارة إليه لا يستفيد المخطئ من خطئه، ومن ثم لا يمكن اعتبار هذا الفسخ امتيازاً للمصلحة المتعاقدة طالما أنه مرتبط بشرط وهو إخلال المتعاقد بالتزامه فما هو إلا تكريس للقواعد العامة.

أما من حيث إجراءات فسخ الصفقة العمومية فهي لا تتميز كثيرا عن العقود العادية وذلك على النحو الآتي:

الإعذار: فكما اشترط القانون المدني في فسخ العقد ضرورة إعدار المدين، كذلك اشترط قانون الصفقات العمومية قبل فسخ الصفقة العمومية إعدار المتعامل المتعاقد، غير أن قانون الصفقات العمومية كان أكثر مرونة في التعامل مع المتعامل المتعاقد من ناحية كون الإهمال طبقاً للقواعد العامة يطلبه المدين من القاضي، الذي يمكن أن يستجيب له فيمهل مرة واحدة لينفذ التزامه خلالها، كما يمكنه أن لا يستجيب له إعمالاً لسلطته التقديرية وهذا بحسب الظروف، ولكن الإدارة عليها إهمال المتعاقد وتحديد أجل المهلة الممنوحة له يكون ضمن الإعذار الذي توجهه له ويحدد الوزير المكلف بالمالية بموجب قرار البيانات الواجب إدراجها في الإعذار وكذلك آجال نشره في شكل إعلان قانوني تطبيقاً لنص المادة 112 أعلاه حتى وإن لم يطلب المتعامل المتعاقد إمهاله.

رفع دعوى الفسخ: لم ينص القانون على إعفاء الإدارة من اللجوء إلى القضاء، بل إن فسخ الصفقة العمومية فسحاً جزائياً يوجب على المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى القضاء مثل الأفراد تماماً لا أن تقضي به من تلقاء نفسها لأنها حينئذ تكون قد وقعت في عمل من أعمال التعدي، لتعديها على صلاحيات السلطة القضائية وهو عيب عدم اختصاص الجسيم، وهو ما كرسه القضاء في قرار 1995/05/14 قضية الجمعية الوطنية لمسيرى قاعات السينما ضد المنشور الوزاري⁽¹⁴⁾ "حيث إنه في دعوى الحال، فإن البلديتين أجرت عن طريق التسيير الحر، وتحت ضمان الحقوق في هذا المجال، المحلات التجارية المعدة كقاعات سينما. حيث إن إيجار

التسيير الحر المذكور، يخضع لدفتر شروط نصت المادة 19 منه على شرط الفسخ، كما يخضع أيضا لقواعد القانون التجاري. حيث زيادة على ذلك، فإن المنشور مسبب على مخالفة الشروط التي يخضع لها المسيرون. حيث إنّه لا مصدر للمنشور، ولا لهؤلاء الذين وجه لهم، الدليل على القيام بهذه المخالفات. حيث إنّه نتيجة لذلك، كان على وزير الداخلية وبواسطة البلديات، معاينة وإثبات مخالفة المسيرين للشروط التي تضمنها العقد ودفتر الشروط عن طريق دعوى قضائية، قبل التصريح بفسخ إيجار التسيير تلقائيا، وإعادة بيع المحلات التجارية المعدة لقاعات السينما للمركز الجزائري للفن والصناعات السينما توغرافية. حيث إنّه بالتالي، تكون جمعية مسيري قاعات السينما التي تعتبر مصالحها واضحة ووجلية، محقة في تمسكها بأن منشور وزير الداخلية يشكل تجاوزا للسلطة يبرر إبطاله..."

وكذلك قرار بتاريخ: 2001/04/09⁽¹⁵⁾: قضية والي ولاية أم البواقي ضد بوكشادة لكحل وبوكشادة محمد الذي جاء فيه: "في الموضوع: حيث أنّ النزاع يدور حول الإيجار المبرم بين الطرفين المتعلق بنزل ومطعم سيدي رغييس ملك لولاية أم البواقي بموجب عقد إيجار مؤرخ في: 1992/9/1 على أساس 3_6_9 سنوات قابلة للتجديد بدل الإيجار يقدر بـ: 70000 دج شهريا والذي تمّ فسخ الإيجار من طرف الوالي في: 1998/1/20 تحت رقم: 10 لعدم تسديد مبلغ الإيجار. حيث بالرجوع إلى دفتر الشروط لاسيما المادة 09 منه يتبين أنّ هذه المادة تنص على أن يكون العقد قابلا للفسخ في الحالات التالية: تجاهل المستأجر الملقاة على عاتقه الموضحة بالعقد بعد الإعذار/حالة الإيجار من الباطن/حالة الإفلاس/سوء الصيانة/حالة القوة القاهرة. ولكن هذه المادة لا تسمح للولاية بفسخ العقد بمفردها بل لابد أن تلجأ للقضاء لإثبات المخالفة وعدم القيام بالالتزامات الملقاة على عاتق المستأجر وبفعله هذا يكون الوالي قد تجاوز سلطته وبالتالي...". وقرار مجلس الدولة في: 2003/04/15⁽¹⁶⁾: "...إنّ العلاقة التي تربط المستأنف بالمستأنف عليها ناتجة عن عقد إيجار الذي

بموجبه أجرت المستأنف عليها للمستأنف مساحة داخل السوق المغطاة...وقد تضمن العقد من بين الشروط شرطا خاصا بفسخ العقد من طرف المؤجر تضمنته المادة 8 من العقد...حيث إنّ البلدية باتخاذها الإعذار بالإخلاء...قد خرقت ما كان يحتوي عليه العقد وحتى القوانين المعمول بها لاسيما المواد 106 و 107 ق. مدني".

لا بد من الإشارة إلى أنّ قانون الصفقات العمومية أورد أحكاما تتعلق بفسخ الصفقة العمومية مع المتعامل الأجنبي في نص المادة 24 ف 3⁽¹⁷⁾ التي تضمنت إحالات إلى المادتين على 112 و 9 ف 2 من القانون نفسه وعليه فإنّ شروط فسخ الصفقة العمومية من جهة المصلحة المتعاقدة مع مستثمر الأجنبي هي نفسها المتبعة مع المتعامل المتعاقد الوطني من حيث اشتراط إخلاله بالتزاماته التعاقدية بأن تأخر في التنفيذ أو أنّ تنفيذه غير مطابق لما تم الاتفاق عليه، ومن حيث توجيه الإعذار وإمهاله من أجل تدارك تقصيره، وكذلك من حيث إمكانية فرض عقوبات مالية، لكن مع إضافة قيد جديد وهو موافقة سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني حسب الحالة.

أمّا الإحالة التي تضمنتها المادة 24 إلى المادة 52 من قانون الصفقات العمومية فهي تطبق على المتعامل المتعاقد سواء كان أجنبيا أو وطنيا حيث يشمل الإقصاء من قائمة المشاركة في الصفقات العمومية كل من صدر في شأنهم قرارات بالفسخ على مسؤوليتهم.

البند الثاني: الفسخ الإتفاقي

أولا: الفسخ الإتفاقي في القواعد العامة: يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على تنظيم أحكام فسخ العقد الذي أبرماه ويأخذ هذا الاتفاق عدة أشكال متدرجة هي:

(أ): الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا فيتحتم على القاضي في هذه الحالة أن يحكم بالفسخ ولكن لا يبغي ذلك عن إعذار المدين ثم رفع الدعوى، كما أنّه لا يسلب القاضي سلطته التقديرية في إمهال المدين

للتنفيذ إذا وجد ما يبرره ولا يسلب المدين حقه في التنفيذ الالتزام لتجنب الفسخ قبل صدور حكم بالفسخ⁽¹⁸⁾.

ب): الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وفي هذه الحالة لا يمكن للقاضي إمهال المدين لكن يجب رفع الدعوى وإعذار المدين ويكون الحكم منشئا للفسخ لا مقرر له.

ج): حيث يتم الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى الحكم ومعناه أن فسخ العقد يقع متى أخل أحد المتعاقدين بالتزامه فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا لحكم ينشئ الفسخ إنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين في أعمال الشرط وادعى أنه نفذ التزامه حيث يقتصر دور القاضي على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه فإذا ثبت له ذلك أصدر حكما مقرر للفسخ لا منشئا له ولا يعفي هذا الاتفاق من إعذار المدين بتنفيذ التزامه وبعد الإعذار يصبح العقد مفسوخا⁽¹⁹⁾.

د): الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا دون حاجة إلى إعذار أو حكم وفي هذه الحالة يكون العقد مفسوخا بمجرد امتناع المدين عن التنفيذ عند حلول أجله دون حاجة إلى إعذار أو حكم⁽²⁰⁾، غير أن مثل هذا الشرط يجب أن ينص عليه العقد صراحة⁽²¹⁾.

ثانيا: الفسخ الإتفاقي في مادة الصفقات العمومية: إن نص المادة 113 من قانون الصفقات العمومية يدخل ضمن الصورة الرابعة للفسخ الإتفاقي أي الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا دون الحاجة إلى إعذار أو حكم في القواعد العامة حيث تنص على "... يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض، وفي حالة فسخ صفقة جارية التنفيذ باتفاق مشترك يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة والأشغال الباقي تنفيذها وكذلك تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة". فطلما أن إبرام الصفقة العمومية كان مبني على توافق

إدارتي الطرفين فإنهما يستطيعان أن يتفقا على إنهائه قبل إتمام تنفيذه أو انتهاء مدته⁽²²⁾.

البند الثالث: الفسخ بإرادة منفردة

أولاً: الفسخ بإرادة منفردة في القواعد العامة: يختلف الفسخ من جانب واحد وهو المقرر للدائن ضد مدينه الذي امتنع عن تنفيذ التزامه التعاقدى، عن الفسخ بإرادة منفردة وهو الفسخ الذي يتم بإرادة أحد المتعاقدين دون أن يكون له طابع جزائي أي دون أن يكون ناتجاً عن إخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته التعاقدية، حيث قد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقل بطلب إلغاء العقد⁽²³⁾ مثال ذلك:

عقد الشركة: يمكن لشريك في الشركة غير محددة المدة أن يفسخ العقد الموجود بينه وبين بقية الشركاء بإرادته المنفردة مما ينهي الشركة إلا إذا اتفق الأطراف على استمرارها فيما بينهم بشرط أن لا ينطوي انسحابه على غش أو في وقت غير لائق شرط أن يعلن عن ذلك سلفاً إلى جميع الشركاء (المادة 440 ق م)، كما أنه يجوز لأي شريك أن يطلب من السلطة القضائية إخراجه من الشركة إذا كانت محددة المدة متى استند في طلبه لأسباب معقولة وفي هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها (المادة 442 ف 2 ق م).

عقد القرض: يجوز للمدين بعد انقضاء مدة ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه على أن يتم ذلك في أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ الإعلان (المادة 458 ف 1 ق م).

عقد الوكالة: يجوز للموكل (المادة 587 ق م) أو الوكيل (588 ف 1 ق م) في أي وقت أن ينهي الوكالة مقابل تعويض عادل عن الضرر الذي يسببه هذا الإنهاء إذا كانت الوكالة بأجر، فحق إنهاء عقد الوكالة بإرادة منفردة مقرر لكل طرف سواء الأصيل أو الوكيل بصفة مستقلة عن الطرف الآخر.

عقد التسيير: يمكن لأحد الطرفين أن يفسخ العقد في أي وقت شريطة أن يعرض المتعامل معه عن الضرر الناجم عن هذا الفسخ المادة 9 من القانون رقم: 89-01 المؤرخ في: 7-20-1989.

عقد التأمين: يجوز للمؤمن والمؤمن له في العقود التي تفوق ثلاث سنوات أن يطلب فسخ العقد كل ثلاث سنوات عن طريق إشعار مسبق بثلاثة أشهر وهذا الفسخ ليس بفسخ جزائي إنما هو امتياز مقرر لأحد أطراف العقد الذي قرر استعماله (المادة 10 فقرة 2 من الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في: 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات).

عقد العارية: إذا لم تكن العارية لمدة محددة جاز للمعير أن يطلب إنهاءها في أي وقت (المادة 546 ف 2 ق م) فحق المعير في حل الرابطة العقدية ليس أساسه إخلال المستعير بالتزامه بل هو حق قانوني مقرر لمصلحته. **عقد المقاولة:** يجوز لرب العمل فسخ العقد بإرادة منفردة ويوقف تنفيذه في أي وقت قبل إتمامه شريطة تعويض عادل للمقاول، والملاحظ هنا أن الفسخ بإرادة منفردة ليس فسخا جزائيا بل هو امتياز مقرر لصاحب العمل (المادة 556 ف 1 ق م).

الملاحظة العامة التي تبرزها هذه الأمثلة هي أن حق إنهاء العقد بإرادة منفردة هو امتياز لأحد أطراف العقد أو لكليهما مستقلا عن الآخر، وليس فسخا جزائيا أساسه إخلال المتعاقد معه بالتزاماته التعاقدية ومن ثمة إن الفسخ بإرادة منفردة يجد تطبيقا واسعا في مجال القانون الخاص وليس شرطا استثنائيا أو غير مألوف.

ثانيا: الفسخ بإرادة منفردة في مادة الصفقات العمومية

ينص قانون الصفقات العمومية على فسخ الصفقة العمومية في حالتين على سبيل الحصر هما الفسخ نتيجة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية والفسخ الإتفاقي، ولا ينص على سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة .

غير أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة في إطار القواعد العامة أن تتحلل من التنفيذ العيني لالتزاماتها التعاقدية، وتقوم بتنفيذها عن

طريق التعويض طبقا المادة 176 ق م "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه" وعليه لا تتمتع الإدارة بسلطة إلغاء العقد بإرادتها المنفردة دون أن يكون هناك تقصير من جانب المتعامل المتعاقد، أو دون أن يكون هناك إتفاق مشترك بينهما على فسخه، لأنه لو اعترف لها بمثل هذا الحق لن يكون هناك أساس لتعويض المتعاقد معها إذ لا ينتج عن ممارسة الحقوق عقوبات تعويض الغير، لذلك متى قررت المصلحة المتعاقدة التحلل من التزاماتها وإنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة فإنها تعتبر مرتكبة لخطأ الإخلال بالتزام قانوني مما يستلزم معه قيام مسؤوليتها بتعويض المتعاقد معها وهو ما يؤكد عمل القضاء الذي نستدل به في قرار بتاريخ: 2004/2/17⁽²⁴⁾ قضية خوري ضد مدير البريد والمواصلات لولاية سكيكدة الذي جاء فيه: "...إنه كان قد اتفق مع المستأنف عليه بموجب إبرام صفقة متعلقة بالجزء مشروع مجمع هاتفي بالولاية وقد انطلقت الأشغال وأوشكت على نهايتها غير أن الولاية اتخذت قرار بتحويل هذا المجمع إلى مقر إداري لإدارة البريد والمواصلات، مما أدى هذا إلى التغيير لإدخال تغييرات وإصلاحات إضافية تم الاتفاق عليها بين الطرفين، غير أن المستأنف عليه قام بإخطاره بموجب برقية يأمره فيها بالتخلي عن المشروع نهائيا بحجة التوقف عن العمل وقام بالاستيلاء على المشروع وبطريقة تعسفية وإلغاء الصفقة من جانب واحد وأسند إتمام المشروع إلى مفاوض آخر الشيء الذي جعله يلجأ إلى القضاء...ومن خلال تصريحات المستأنف عليها إن هذه الأخيرة قامت بتسوية وضعية المستأنف المالية ودفعت له كل مستحقاته مقابل الأشغال التي قام بها بموجب الوثائق المقدمة من قبلها لا سيما فيما يتعلق بالفاتورة رقم: 038 المؤرخة في: 1996/10/30 التي تشير إلى مبلغ صافي يقدر بـ: 73,263,1.473 دج وحيث أنه ما دام الأمر كذلك فإن النزاع الحالي أصبح بدون موضوع". وقرار

بتاريخ: 1989/12/16⁽²⁵⁾: "...حيث أنّه يوضح بأنه إبرم صفقة بتاريخ: 1980/02/26 مع ولاية قالمة من أجل إنجاز 198 مسكن بالقرية الاشتراكية الفلاحية بعين التراب دائرة واد الزناتي. وإنّه بمجرد توجيه أمر بالخدمة رقم: 01 شرع المستأنف في الأعمال. وإنّه بعد شهرين أي في: 1980/04/19 تلقى أمرا بإيقاف الأشغال لتغيير الموقع وإنّه شرع في أشغال الموقع الجديد خلال سنة 1980. وأن المستأنف تلقى أمرا بالخدمة من أجل الشروع في أشغال تهيئة الموقع في: 1980/11/08 وأن كشوف الوضعيات المتعلقة بالأشغال المرسلّة للولاية لم يسدد مبلغها الشيء الذي أجبره على إيقاف الأشغال. وإنّه بموجب مقرر صدر عن والي ولاية قالمة بتاريخ: 1982/08/18 فسخ العقد وتحصل المستأنف على مبلغ 127170852 دج. وأنّ الفسخ جاء نتيجة تسرع وأنه غير مؤسس... وإنّه أقام دعوى على ولاية قالمة... وأنّ المستأنف تمكن من الحصول على حكم قضى على ولاية قالمة بأن تدفع له مبلغ 1277176 دج بعدم طرح المبلغ المدفوع. وأنّ قرار الدرجة الأولى لم يقدر الضرر حق قدره وأنه يستحق الإلغاء. وأن المستأنف يطالب من المحكمة العليا الانتباه للفرق الموجود بين تقرير الخبير والمبلغ الذي تحصل عليه وإلتمس تعيين خبير آخر. وأنه يطالب بتأييد القرار المطعون فيه جزئيا والحكم على الولاية بأن تدفع له مبلغ 68475844 دج بالإضافة إلى المبلغ 500000 دج على سبيل التعويض..."

فمن خلال القرارين الإدارة قررت فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة ودون أن يكون المتعاقد مقصرا أو خلا بالتزاماته التعاقدية لكنها في المقابل تحملت عبء تعويضه، فتعويض المتعاقد عن فسخ الصفقة العمومية أمر ضروري غير أنّ الإشكال قد يثور حول قيمة التعويض الذي يفصل فيه قاضي الموضوع.

الفرع الثاني: آثار الفسخ بين القواعد العامة و الصفقات العمومية
يترتب على فسخ العقد في القواعد العامة إرجاع الحال إلى ما كان عليه وللدائن الذي أجيب له طلب الفسخ أن يرجع بالتعويض على

أساس المسؤولية التقصيرية لا المسؤولية العقدية ويعتبر خطأ المدين وإهماله في تنفيذ التزامه واقعة مادية أما العقود الزمنية فلا يجوز فسخها بأثر رجعي لأن طبيعتها تأبى ذلك وإنما يعتبر العقد مفسوخا من تاريخ الحكم بالفسخ وليس قبل ذلك⁽²⁶⁾.

أما في الصفقات العمومية فإن القانون لم يمنح للمصلحة المتعاقدة سلطة فسخ عقد الصفقة مباشرة حتى لو كان ذلك بسبب إخلال المتعاقد بالتزاماته بل عليها توجيه إعدار له لينفذ التزامه تنفيذا عينيا ويتدارك تقصيره، وبعد أن يثبت تقصيره بعدم تنفيذه التزاماته التعاقدية خلال هذا الأجل تقوم بفسخ العقد، أي أن تطالب بالتنفيذ العيني أولا قبل اللجوء إلى الفسخ، وذلك قصد المحافظة على استقرار عقد الصفقة لأنّه من الصعب إرجاع الحال إلى ما كان عليه بعد فسخها لذا فإن المصلحة المتعاقدة تحصل على التعويضات المالية اللازمة لجبر الضرر الذي لحقها عن طريق فرض عقوبات مالية تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبتها وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط باعتبارها عناصر مكونة للصفقة العمومية، دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به عند عدم تنفيذ المتعامل المتعاقد التزاماته التعاقدية في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق وذلك في نص المادة 9 من قانون الصفقات العمومية التي لم تخرج عن القواعد العامة من جهتين:

أولا: التعويض عن الضرر الذي سببه فسخ العقد نتيجة إخلال المتعاقد بالتزامه قاعدة عامة واردة في المادة 119 ق م التي تؤكد على حق المتعاقد طالب الفسخ وهو في هذه الحالة المصلحة المتعاقدة في الصفقة العمومية في الحصول على تعويض من المتعامل المتعاقد.

ثانيا: أن هذا التعويض أو التعويضات المقررة لفائدة المصلحة المتعاقدة واردة في عقد الصفقة العمومية ودفاتر الشروط التي وافق عليها المتعامل المتعاقد مسبقا وفي ذلك تطبيق للمادة 183 ق م التي تقضي بأنّه

"يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق".

وكذلك الحال بالنسبة للفسخ للاتفاق فإنّ التعويضات تكون أيضا باتفاق المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد حسب البنود الاتفاقية الواردة في عقد الصفقة العمومية ودفاتر الشروط.

المطلب الثاني: القيمة القانونية والقضائية لفسخ الصفقة العمومية
الفرع الأول: في نظام القضاء المزدوج: تظهر علاقة الفسخ بالشرط الاستثنائي في مادة الصفقات العمومية بصفة عامة في النموذج الفرنسي الذي يقوم على ازدواجية القضائية والقانونية لأنّه ليست كل العقود التي تبرمها الإدارة العمومية عقودا إدارية لذلك يجب التمييز بين ما يعد عقدا إداريا وما يعد عقدا عاديا للإدارة.

ولتمييز النشاط الإداري (العقد الإداري) عن غيره من نشاطات الإدارة العادية (العقود العادية) فإنّ المعيار المعتمد بصورة أساسية هو المعيار المادي وهو معيار قضائي يرتكز على طبيعة النشاط أو الصلاحيات التي يتمتع بها أحد الطرفين حيث يجب أن يتعلق النشاط بمرفق عام أو أن يتمتع أحد الطرفين وهو الإدارة بامتيازات السلطة العامة⁽²⁷⁾ أي الحقوق المعترف لها والتي تستعمل في إطار القانون لتحقيق المصلحة العامة مثل إصدار قرارات إدارية لنزع الملكية، حق تعديل العقد أو فسخه بإرادتها المنفردة وسواء مارست الإدارة هذه الامتيازات أو قامت بتفويضها لأطراف معينة وسواء كان ذلك عن طريق صفقة أو عقد امتياز⁽²⁸⁾، وعليه ليعتبر العقد إداريا يدخل في اختصاص القاضي الإداري ويتميز عن عقود الإدارة العادية يجب أن تتوفر فيه ثلاثة شروط أساسية وهي أن تكون الإدارة طرفا فيه وأن يتعلق بمرفق عام وأن يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽²⁹⁾ ومن بين الشروط الاستثنائية الاعتراف للإدارة بحق إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، فالإدارة إما أن تتصرف كسلطة عامة وذلك في الحالة التي تستعمل سلطتها الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، وهنا يعود

الاختصاص للقضاء الإداري وإما أن تتصرف كأي شخص خاص وهو يسير ممتلكاته كما هو الحال بالنسبة للعقود والمسؤولية فهي لا تظهر كسلطة عامة وهنا يعود الاختصاص للقضاء العادي⁽³⁰⁾، حيث يمكنها أن تبرم العقود كونها شخص من أشخاص القانون الخاص وفقا للقانون الخاص مثل شراء أو بيع أو كراء عقارات أو شراء سلع أو الحصول على خدمات...⁽³¹⁾ وتسمى بعقود الإدارة⁽³²⁾.

الفرع الثاني: في النظام الوطني: في النظام الوطني عقود الإدارة دائما إدارية بتحديد من القانون، هذا التحديد الذي قد يكون بصفة مباشرة ضمن نصوص خاصة أو بصفة غير مباشرة ضمن القواعد العامة (قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

فعلى سبيل المثال نص المشرع بصفة مباشرة في المادة 4 ف1 من المرسوم التنفيذي رقم: 01/89 المؤرخ في: 15 جانفي 1989 الذي يضبط كليات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة التجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري تحد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها أصحاب الامتياز وتبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة⁽³³⁾ وهو نص خاص.

وفي الحالة الثانية أي بصفة غير مباشرة وهي القاعدة العامة عندما كرس المعيار العضوي كمؤشر لتحديد الاختصاص القضائي في المادة الإدارية بموجب المادتين 800 (ق.ا.ج.م.إ) والمادة الأولى من القانون رقم: 02/98 المؤرخ في: 1998/05/30 المتضمن تنظيم المحاكم الإدارية والذي بموجبه تعتبر المحاكم الإدارية تختص نوعيا بنظر كل منازعات الإدارة أيا كان خصمها أو موضوعها وهذا ما يفهم من عبارة "جهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية" التي وردت بصفة مطلقة ودون تخصيص أو تحديد، وعليه تتحدد المنازعة الإدارية بناءً على صفة الشخص الإداري المراد مخاصمته فيعتبر النزاع إداريا كل نزاع يكون شخص عمومي (الدولة الولاية البلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري) طرفا فيه دون أن يكون لطبيعة النزاع أية أهمية في

ذلك سواء تعلق بأعمال الإدارة العادية أو أعمالها بصفقتها سلطة عامة أو اتصل بمرفق عام، وبالتالي تختص المحاكم الإدارية بكل منازعات عقود الإدارة سواء العادية أو الإدارية، وسواء كانت صفقات عمومية أو لا، وسواء تضمنت هذه الصفقات العمومية شروطا استثنائية أو كانت ذات طبيعة اقتصادية بحتة، وهو ما جعل البعض يعرف العقد الإداري في الجزائر على أنه: "العقد الذي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية الإدارية طرفا فيه"⁽³⁴⁾.

غير أن الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية لا يجعل من الصفقة العمومية عقدا إداريا ولا يمنحه صفة العمل الإداري، فعقد البيع المبرم بين الإدارة العامة والأفراد هو بطبيعته عقد مدني، يخضع من حيث القانون واجب التطبيق للقانون المدني، رغم أنه يخضع لاختصاص للمحاكم الإدارية طبقا للمعيار العضوي، فازدواجية الاختصاص القضائي لا تستتبعها ازدواجية القانون المطبق وعليه يصعب اعتبار الصفقة العمومية عقدا إداريا لمجرد اختصاص المحاكم الإدارية.

ودون الخوض في إشكالية الاختصاص القضائي في مادة الصفقات العمومية يجب التذكير أنه وبالإضافة إلى الأشخاص العامة المذكورة في المادة 800 ق.إ.م.إ. وسعت المادة 2 من نطاق تطبيق قانون الصفقات العمومية لتشمل الصفقات محل نفقات الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والتي تدخل في مفهوم الدولة الواسع⁽³⁵⁾ كمجلس النقد والقرض أو مجلس المنافسة أو السلطتين التشريعية والقضائية في إطار نشاطهما الإداري وحتى بعض المؤسسات الدستورية الأخرى مثل المجلس الدستوري في نشاطه الإداري⁽³⁶⁾.

- مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني وهي لا تعتبر فئات قانونية جديدة فإنها تصنف إما ضمن فئة المؤسسة العمومية الإدارية وإما ضمن المؤسسات العمومية الصناعية والتجارية

وهذا حسب الهدف الذي يريد المشرع تحقيقه من خلال إنشائها⁽³⁷⁾، كما أنّ التمييز بين هذه الأنواع من المؤسسات العمومية يستند إلى معيار موضوعي يتعلق بطبيعة النشاط الذي تقوم به المؤسسة إداري أو علمي أو تكنولوجي، ومن الواضح أنّ هذا المعيار لا يفيد كثيرا، على المستوى القانوني ولا يستقيم لصعوبة التفرقة والتمييز الدقيق والواضح بين تلك الأنشطة مثل العلمي، الثقافي والتكنولوجي.

- المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة وهي تكريس لمفهوم مخالفة المادة 59 من القانون رقم: 88-01 التي تنص على أنّ المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تخضع صفقتها الممولة تمويلاً ذاتياً أي بواسطة الأصول الصافية للمؤسسة للقانون التجاري وبالتالي تخضع منازعاتها للقضاء العادي، وبمفهوم المخالفة تخضع صفقات المؤسسات العمومية الممولة تمويلاً نهائياً من ميزانية الدولة متى كان موضوع هذه الصفقة هو استثمارات لإشباع الحاجات العامة فإنّها تخضع لاختصاص المحاكم الإدارية.

إلا أنّ منازعات الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري تخرج من نطاق اختصاص المحاكم الإدارية سواء كانت متعلقة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة أو لا وهو ما أكدّه القضاء في قراره بتاريخ: 1985/05/18 في قضية الشركة الجزائرية (أ.م) ضد وزير التجارة - الشركة الجزائرية للأروقة⁽³⁸⁾ وفي قراره بتاريخ: 05/11/2002 (ز ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق الذي جاء فيه: "إنّ القاضي الإداري غير مختص بالبت في النزاع القائم بخصوص صفقات المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري"⁽³⁹⁾، لأنّها تشكل أساساً بالمعيار العضوي المكرس تشريعياً لتحديد اختصاص المحاكم الإدارية⁽⁴⁰⁾، فهذه المؤسسات تمثل الدولة في المجال الاقتصادي وتتمتع

المخاتمة

الهوامش والمراجع المعتمدة

- المركز الجامعي لتاهنغست- الجزائر**

- (7) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 1998، ص: 891
- (8) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 302
- (9) المرجع نفسه، ص: 308.
- (10) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق: ص 893 - 894
- (11) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 309
- (12) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق: ص 896
- (13) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص: 311
- (14) ملف رقم: 135946، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1995، ص: 153 وما بعدها
- (15) قرار رقم: 001892 فهرس رقم 323 بتاريخ 2001/04/09، قرار غير منشور.
- (16) قرار بتاريخ 2003/04/15، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1994، ص: 217.
- (17) التي تنص على أنه "...إذا عاينت المصلحة المتعاقدة أن الاستثمار لم يتجسد طبقا للبرنامج والمنهجية المذكورتين في دفتر الشروط خطأ من التعامل المتعاقد الأجنبي، فإنها يجب أن تقوم بإعذاره حسب الشروط المحددة في المادة 122 بضرورة تدارك ذلك في الأجل الذي يحدده الإعذار وذلك تحت طائلة تطبيق عقوبات المالية محددة حسب الشروط المنصوص عليها في ف 2 من المادة 9 وكذلك تسجيله في قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من التعهد في الصفقات العمومية حسب دفاتر الشروط المحددة في المادة 52 من قانون الصفقات العمومية ويمكن المصلحة المتعاقدة زيادة على ذلك إذا رأت ضرورة في ذلك فسخ الصفقة تحت مسؤولية التعامل المتعاقد الأجنبي دون سواه بعد موافقة سلطة المؤسسة الوطنية السيادية في الدولة أو الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير المعني حسب الحالة " .
- (18) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق: ص 811
- (19) المرجع نفسه، ص: 813
- (20) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 814
- (21) المرجع نفسه، ص: 815
- (22) محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 104
- (23) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 889
- (24) ملف رقم: 012221 فهرس رقم 136، غير منشور.
- (25) المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1991، ص: 133
- (26) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 905
- (27) خلوفي رشيد، تنظيم واختصاص القضاء الإداري، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص: 327
- (28) المرجع نفسه، ص 329.
- (29) عمر زودة، المرجع السابق: ص 113 وعلاء الدين عشي، ج 02، مرجع سابق، ص: 140 و142.

- (30) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج1، المرجع سابق، ص 119.
- (31) ناصر لباد، القانون الإداري، ج2، ط1، لباد للنشر، الجزائر، سنة 2004، ص: 386
- (32) المرجع نفسه، ص: 383
- (33) ناصر لباد، المرجع السابق، ص: 394
- (34) ناصر لباد، المرجع السابق، ص: 395
- (35) خلوفي رشيد، المرجع السابق، ص: 335
- (36) المرجع نفسه، ص: 336
- (37) ناصر لباد، المرجع السابق، ص 413.
- (38) قرر بتاريخ: 1985/05/18، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1989، ص259.
- (39) قرار رقم: 003889 بتاريخ: 2002/11/05، مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، سنة 2003، ص: 109
- (40) محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: 17.

فسخ صفقات انجاز الأشغال العمومية

أ. حابي فتيحة

جامعة تيزي وزو

مقدمة

تنتهي صفقة الأشغال العمومية إما نهاية طبيعية أو نهاية غير طبيعية في حالات معينة فتنتهي نهاية طبيعية، شأنها بقية العقود، بتنفيذ الأشغال محل الالتزام وتسليمها تسليما كاملا ونهائيا، واستيفاء المتعاقد معها لحقوقه من الإدارة، مع بقاءه ضامنا سنويا إذا كان التسليم مؤقتا وضامنا عشريا إذا كان التسليم النهائي⁽¹⁾.

كما تنتهي نهاية طبيعية بانتهاء المدة المحددة في العقد، وهذا ما أشارت إليه المادة 06-1/62 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236⁽²⁾، المطبق حاليا، حيث نصت: «يجب أن تشير الصفقة إلى التشريع والتنظيم المعمول بهما وإلى هذا المرسوم، ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

- أجل تنفيذ الصفقة...».

كما تنتهي صفقة الأشغال العمومية نهاية غير طبيعية، وحتى قبل أن تنتهي المدة المحددة في الصفقة، وذلك بفسخ الصفقة، ويكون الفسخ إما بالتراضي وهذا طبقا للمادة 1/113 من المرسوم المذكور أعلاه ينصها⁽³⁾: «زيادة على الفسخ من جانب واحد المنصوص عليه في المادة 112 أعلاه، تمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض».

كما تنتهي في هذه الحالة، بواسطة الفسخ بقوة القانون، بحيث يرتب القانون حق الإدارة في فسخ الصفقة متى تحققت شروط معينة، على سبيل المثال: القوة القاهرة وفاة المقاول أو إفلاسه، استحالة تنفيذ الأشغال... الخ⁽⁴⁾، إضافة إلى ذلك، فإذا ثبت أن المتعامل المتعاقد قام بأفعال أو مناورات ترمي إلى تقديم وعد لعون عمومي بمنح أو تخصيص بصفة

مباشرة أو غير مباشرة، إما لنفسه أو لكيان آخر، مكافأة أو امتياز بمناسبة تحضير أو إبرام أو تنفيذ صفقة فإنّه يشكل سببا كافيا لفسخ الصفقة⁽⁵⁾، كما يمكن فسخ الصفقة فسخا قضائيا⁽⁶⁾.

وخول التنظيم الحالي سلطة توقيع جزاء الفسخ على المتعاقد المقصر⁽⁷⁾، الذي يعتبر أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها المصلحة المتعاقدة وهو يفترض ارتكاب المتعاقد معها خطأ جسيما أو إخلالا خطيرا بالتزاماته فتقوم المصلحة المتعاقدة بفسخ العقد أي إنهائه كجزاء له على هذا التقصير الشديد أو الخطأ الجسيم⁽⁸⁾، وهذا ما يميز جزاء الفسخ في صفقة الأشغال العمومية عن وسائل الضغط المؤقتة التي لا تنهي هذه الصفقة⁽⁹⁾.

فكيف يعرف الفسخ في عقود الأشغال العمومية؟ ما هي أنواعه؟ (أولا) وما هي شروط توقيعه؟ وما هي آثاره؟ (ثانيا).

أولا: تعريف الفسخ وأنواعه

تقرر القواعد المقررة في القانون المدني أنواع عديدة من الجزاءات التي يمكن توقيعها بحق المخل بالتزامات الناتجة عن العقد، منها ما يس بذات الرابطة العقدية فيؤدي إلى إلحائها أي فسخها، لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته المقررة، ومنها ما يوقع على المدين مع قيام العقد⁽¹⁰⁾.

وتبرم المصلحة المتعاقدة صفقة الأشغال العمومية باعتبارها شخصا من أشخاص القانون العام، باستخدام أسلوب السلطة العامة قصد تسيير أو إدارة مرفق عام، فتعتبر عقوداً إدارية وتخضع للقانون العام. ومع ذلك يوجد تشابه في بعض القواعد العامة للعقود سواء كانت إدارية أو مدنية، لأنّ التصرف المنشئ للعقد في جميع الحالات هو توافق إرادتين بقصد إحداث آثار قانونية معينة، لكن الاختلاف إن وجد بين هذين النوعين من العقود فيكون في الأحكام التفصيلية لكل نوع من العقود⁽¹¹⁾، حيث نجد أنّ الفسخ يطبق كجزاء في عقود الأشغال العمومية لإنهاء الرابطة العقدية مثل الفسخ في العقد المدني مع بعض الفروقات.

لذلك سوف تقدم تعريفا للفسخ في مجال صفقة الأشغال العمومية ثم نبحت عن أنواع الفسخ.

تعريف الفسخ في صفقة الأشغال العمومية: الفسخ في التشريع العام حق للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين، إذا ما أخل المتعاقد الآخر بالتزامه في حل الرابطة التعاقدية كي يتحلل هو من التزامه⁽¹²⁾.

لكن مع ذلك الفسخ في صفقة الأشغال العمومية تختلف عن نظام الفسخ في عقود القانون الخاص، حيث الفسخ في هذا النوع من الصفقات تعلنه الإدارة بنفسها، ولا يتم كقاعدة، بحكم من القضاء كما هو مقرر في القانون الخاص وللمصلحة المتعاقدة مطلق التقدير في فسخ العقد في أي وقت تشاء في حين أن القاضي في العقود المدنية سلطة تقديرية في ذلك، ثم إنه يمنح أجلا حسب الظروف⁽¹³⁾.

أنواع فسخ صفقة الأشغال العمومية: ينبغي أن نميز بين المصلحة المتعاقدة في فسخ العقد باعتباره جزاء توقعه على أثر عدم وفاء المقاول المتعاقد معها بالتزاماته، وبين حقها في إنهاء العقد وتارس هذا الحق نتيجة لسلطتها التقديرية أي حتى دون أن يقع خطأ من جانب المقاول المتعاقد معها إذا ما قدرت أن الصالح العام يقتضي ذلك في حالات⁽¹⁴⁾، كأن تأمر المصلحة المتعاقدة توقيف الأشغال بصفة مطلقة، أو عندما تأمر بتأجيل الأشغال تزيد عن مجموع مدتها سنة واحدة ولو في الأحوال التي تستأنف خلالها الأشغال⁽¹⁵⁾.

ولكن الذي يهمنا في هذا الموضع هو ذلك الفسخ الذي يقع على المتعاقد المقصر، كجزاء لإخلال التزاماته التعاقدية، فهنا نميز بين نوعين من الفسخ: الفسخ المجرد والفسخ على مسؤولية المتعاقد المقصر.

أ- الفسخ المجرد: تكتفي المصلحة المتعاقدة بالفسخ المجرد لصفقة الأشغال العمومية، حينما ترى بأنها تكتفي باستبعاد المقاول المقصر، نهائيا بلا قيد ولا شرط، ودون أن تلزمه بالأعباء المترتبة على إعادة طرح الصفقة في مناقصة على حسابه ومسؤوليته، ويشترط عندها أن يوضع صراحة في إعلان المناقصة بأنه فسخ مجرد.

وإلا فإنه يفتح مجالاً للمقاول المتعاقد ادعاء أن المصلحة المتعاقدة قد استعملت سلطتها العامة في الفسخ، مما يحق له طلب تعويض، في حين إذا وضع في الإعلان «الفسخ مجرد» فإنه يستعبد كل تعويض لصالح المقاول أو لصالح المصلحة المتعاقدة⁽¹⁶⁾.

ب- الفسخ على مسؤولية المقاول: يعتبر هذا النوع وهو موضوع بحثنا، أشد وأقسى من جزاء الفسخ المجرد، فالمصلحة المتعاقدة لا تكتفي بإنهاء الصفقة الأصلية وتعويضها عن فسخها، ولكن يكون أيضا مصحوبا بإبرام صفقة جديدة لاستئناف إنجاز الأشغال على مسؤولية المقاول المقصر ويلتزم بأن يتحمل هذا الأخير الزيادة في المصروفات الناجمة عن هذا الإجراء⁽¹⁷⁾.

ونظرا لخطورة هذا الإجراء، فإنّ في فرنسا يرى الفقه وقضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم السماح بهذا النوع من الفسخ إلا إذا نص عليه في عقد الأشغال أو دفاتر الشروط⁽¹⁸⁾.

ولقد تضمنت المادة 2/112 من المرسوم الرئاسي المطبق حاليا⁽¹⁹⁾ نصا: «وإن لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفسخ الصفقة من جانب واحد». وعليه فإنّ المصلحة المتعاقدة تستند إلى النصوص المنظمة لصفقة الأشغال العمومية ولدفتر الشروط الإدارية العامة، وما تحوله لها من سلطات في ذلك، نظرا لارتباطها بالصالح العام.

لذلك فإنّ كان للمصلحة المتعاقدة حق توقيع هذا الجزاء بنفسها، واستنادا لقواعد التنظيمية المنظمة لهذه الصفقة، فلا بد من توافر شروط وأسباب مبررة لتطبيق هذا الجزاء، كما نبين الآثار التي تنتج عنه. ثانيا- شروط وأثار تطبيق جزاء الفسخ لكي توقع المصلحة المتعاقدة جزاء الفسخ على المتعاقد المقصر، لا بد من توافر شروط، وبتطبيق هذا الجزاء فإنه يترتب عليه آثار هامة.

1- شروط تطبيق الفسخ: يجب أن يجتمع شرطان أساسيان لتطبيق جزاء الفسخ، الخطأ الجسيم ووجوب الإعذار، وتوقيعه من طرف المصلحة المتعاقدة.

أ- الخطأ الجسيم: يفترض وقوع أخطاء جسيمة من المتعامل المتعاقد جزاء الفسخ عليه، فإن الوقائع التي تبرز تطبيق الجزاءات الضاغطة، إذ ظهرت خطورتها بدرجة كافية، يمكن أن تكون مبررات للفسخ ذاته⁽²⁰⁾. تلك المصلحة المتعاقدة وحدها تقدير جسامة الإخلال بتلك الالتزامات التعاقدية هذه الأخيرة التي اعتبرها التنظيم الحالي كمبرر لفسخ الصفقة من جانب واحد، وهذا دون تعداد لصور الإخلال أو أسباب الفسخ، كما لم يشرط درجة معينة من جسامة الخطأ المرتكب من المتعامل المتعاقد، أو خطأ يرتكبه المتعاقد معها مبررا لفسخ الصفقة المبرمة بينهما، فورود النص بهذه العمومية قد يفتح باب تعسف المصلحة المتعاقدة في توقييع الجزاء⁽²¹⁾.

وطبقا لدفتر الشروط الإدارية العامة فإذا كشف المقاول المتعاقد عمل سوء النية فلا بد من أن ينذر مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، وإلا فإنه يتابع جزائيا، وذلك بصرف النظر عن وضع الأشغال تحت تصرف الإدارة بدون توجيه الإنذار المسبق، أو عن فسخ العقد بدون قيد أو شرط⁽²²⁾.

أيضا يفرض دفتر الشروط المذكور أعلاه، إتمام الأشغال وفق الآجال المحددة في الأوامر المصلحية، كما يخضع للتغيرات المفروضة عليه خلال العمل⁽²³⁾.

كما يعتبر التنازل عن عقد دون موافقة المصلحة المتعاقدة، في حد ذاته خطأ عقدي من المقاول⁽²⁴⁾ يقيم مسؤولية المتعاقد المقصر ويبرر فسخ الصفقة، وذلك دون الإخلال بمطالبته بالتعويضات الناجمة عن الفسخ، وذلك لأن شخصية المقاول محل اعتبار في إبرام الصفقة وتنفيذها.

كما أنّ مؤهلاته الفنية وخبرته تكون محلاً لتقدير المصلحة المتعاقدة في مجال تنفيذ الصفقات الأشغال العمومية والتي تتطلب دراية عالية بأصول المهنة⁽²⁵⁾.

كما يدخل ضمن الاعتبار الشخصي، سمعة المقاول وجنسيته، ويجب أن يتمتع المقاول بملاءة مالية، وكفاءة تقنية⁽²⁶⁾ وتجارية.

لذلك اعتمد المشرع الجزائري على عدة معايير ليصل إلى اختيار سديد للمقاول، وعليه فإنّ موت أو إفلاس أو التسوية القضائية للمتعاقد⁽²⁷⁾، أو استعماله للغش أو التدليس أثناء إنجاز الأشغال⁽²⁸⁾، كل ذلك يعرض الصفقة للفسخ بالإرادة المنفردة ومن جانب واحد، من طرف المصلحة المتعاقدة، وذلك بقوة القانون، ودون الحاجة للجوء إلى القضاء.

يعتبر الفسخ من جانب المصلحة المتعاقدة أخطر جزاء يوقع على المتعاقد المقصر، نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وبرغم من أن المشرع لم يحدد الأخطاء حصراً، أو أغفل عن ذكرها، إلا أنّها لا تكون عائفاً أمام المصلحة المتعاقدة في ردع المقاول المتعاقد، إذا ما أخل بالتزاماته نتيجة أخطاء أخرى والتي قد تكون نتائجها خطيرة⁽²⁹⁾.

لذلك لا يمكن أن يشترط استبعاد فسخ الصفقة بشرط عام ومطلق لمخالفته للنظام العام في القانون الخاص، فمن باب أولى يصدق هذا القول إذا ما تعلق الأمر بتسيير مرفق عام وهذه القاعدة ثابتة وغير منازع فيها⁽³⁰⁾، وعليه لابد أن ينص عليه في دفتر الشروط وفي الصفقة. لأنّ غالبية الفقه وقضاء مجلس الدولة الفرنسي يقضي بضرورة النص على الفسخ على مسؤولية المتعاقد المقصر، مع إعادة طرح الأشغال في مناقصة على حسابه فلا يحق للإدارة إعلانه⁽³¹⁾.

يرى الفقيه "Jeze" أنّه إذا لم ينص على هذا الشرط في العقد أو في دفا تر الشروط، فلا يعترف للإدارة بحق الفسخ، وفي هذه الحالة تلجأ إلى قاضي العقد ليحكم لها بالفسخ وأسوة بالمتعاقدين الآخرين، طبقاً للمبدأ المنصوص عليه في القانون المدني الفرنسي، أنّه في العقود الملزمة

للجانبيين، يعتبر الطرفان قد اتفقا ضمنا على شرط بمقتضاه بفسخ العقد، نص العقد إذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزاماته⁽³²⁾.

وجاءت المادة 120 من ت.م.ج، تجيز الاتفاق على أنه يعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي⁽³³⁾. ولكن في كل الأحوال يلزم التنظيم والتشريع المدني المصلحة المتعاقدة وجوب الإعذار قبل اللجوء إلى الفسخ.

ب- الإعذار: يعتبر الإعذار شرطا أساسيا لتطبيق جزاء الفسخ على المفاوض، وسابق عن هذا الأخير حتى يستطيع المفاوض المقصر تدارك أخطائه وتصحيحها، ما عدا في حالة الاستعجال، لأن الهدف من إبرام صفقة الأشغال العمومية هو إنجاز المشروع والأشغال، مهما كانت الظروف لارتباطها بالصالح العام، لذلك فإن إجراء الفسخ يجب أن يكون آخر جزاء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة لأنه جزاء يؤدي إلى إنهاء الرابطة التعاقدية، وتعطيل مشروع موضوع عقد الأشغال⁽³⁴⁾.

ويعتبر الفسخ غير المسبوق بالإعذار معيب، ويعفي المفاوض المتعاقد من نتائجه الباهظة وفي حالة حصول ضرر له، يحصل بالإضافة إلى ذلك على تعويض⁽³⁵⁾.

ولقد اهتم المشرع الجزائري بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 السالف الذكر بالإعذار حيث ألزم المصلحة المتعاقدة بإعذار المتعاقد المقصر، ومنحه مدة لتدارك أخطائه، فإذا انقضت المهلة ولم يتدارك أخطائه خلالها أجاز التنظيم للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى فسخ الصفقة من جانب واحد⁽³⁶⁾.

لقد ألزم القرار والصادر عن وزير المالية المؤرخ رقم: 2001/03/28 والذي يحدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره⁽³⁷⁾، المصلحة المتعاقدة بوجوب إصدار إعذارين قانونيين، إذا ما لجأت إلى الفسخ من جانب واحد، تحظر بهما المفاوض أو المتعاقد العاجز⁽³⁸⁾.

يجب أن يتضمن الإعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى المفاوض المقصر، بيانات إلزامية دون أن يرتب جزاء في حالة إغفال المصلحة عن إحدى البيانات أو بعضها، كما بين كيفية تبليغها ونشرها وهي مذكورة كالتالي:

ب-1- بيانات الإعذار:

- تعيين المصلحة المتعاقدة وعنوانها.

- تعيين المتعامل المتعاقد وعنوانه.

- التعيين الدقيق للصفة ومراجعها.

- موضوع الإعذار.

- الأجل الممنوح لتنفيذ الإعذار.

- العقوبات المنصوص عليها حالة رفض التنفيذ⁽³⁹⁾.

ب-2- كيفية تبليغ ونشر الإعذار: يجب أن يستلم تبليغ الإعذار برسالة موصى عليها، ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام ونشره حسب الشروط المحددة في القرار⁽⁴⁰⁾، وهي كالتالي:

- يجب أن ينشر الإعذار في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن.ر.ص.م.ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين، موزعتين على المستوى الوطني، ويجرر باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل⁽⁴¹⁾.

- يجب أن يرسل طلب نشر الإعذار في نفس الوقت الذي يتم فيه تبليغه للمتعامل المتعاقد⁽⁴²⁾.

- يسري مفعول الإعذار ابتداء من تاريخ النشر الأول في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة⁽⁴³⁾.

نستنتج مما سبق ذكره، على أن على المصلحة المتعاقدة الالتزام بذكر هذه البيانات بكل وضوح ودون غموض، دون إغفال أي بيان منها، وبالمقابل يجب على المفاوض الذي تم إعذاره الامتناع للإعذار والتقيد بالتزاماته التعاقدية ومحسب ما ورد في الإعذار، مع احترام الآجال الممنوحة له لتدارك أخطائه، وإنجاز الأشغال المتفق عليها.

فإذا لم يمثل المتعاقد المقصر حتى بعد تلقيه إعدارين قانونيين جاز للمصلحة المتعاقدة فسخ صفقة الأشغال العمومية. ولقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا كان الفسخ تاليا لإجراء وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة، وكان هذا الإجراء قد سبقه إعدار المقاول المتعاقد، فلا حاجة لإعدار جديد لإعلان الفسخ بشرط ألا يكون هذا الفسخ قد أعلن اختلالات وأخطاء أخرى خلاف التي أدت إلى وضع المقاوله تحت الإدارة المباشرة لأنه في غير هذه الحالة، يستوجب إعدار جديد⁽⁴⁴⁾.

وأخيرا فإن قرار المصلحة المتعاقدة المتضمن فسخ صفقة الأشغال العمومية لا يمكن الاعتراض عليه، وعليه لا يكون للمتعاقد حق الطعن بالإلغاء ضد قرار بفسخ التعاقد حيث أن مثل هذا القرار ليس من القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد والتي تخضع لدعوى الإلغاء، وإنما هو إجراء متصل بالعقد، تتخذ المصلحة المتعاقدة بوصفها طرفا في التعاقد، ومن ثم فإن المنازعة التي تثار بشأنه هي من المنازعات الحقوقية التي تكون محلا للطعن على أساس استبعاد ولاية القضاء الكامل، ومن ثم تخرج عن ولاية الإلغاء.

وتطبيقا لذلك فقد قضيت المحكمة الإدارية العليا في مصر بعدم قبول طلب وقف تنفيذ وإلغاء قرار الفسخ، حيث تعتبر أنه لا يكتسب وصف القرار الإداري الذي يتعين وجوده كشرط لقبول دعوى الإلغاء⁽⁴⁵⁾. ونذكر هنا أنه لا يخرج الطعن بالإلغاء في القرار المنفصل عن العقد الإداري عن كونه تطبيقا لمبدأ رقابة القضاء على مشروعية كافة القرارات الإدارية، والمبدأ القانوني العام الذي لا يحتاج لنص خاص لتأكيد.

لذا يشترط لقبول هذا الطعن أن يتسم القرار المنفصل موضوع الطعن بالسماط التي يتسم بها القرار الإداري بوجه عام، وهي أن يكون قرار إداريا نهائيا⁽⁴⁶⁾، صادر بالإرادة المنفردة عن سلطة إدارية عامة، من أجل إحداث آثار وقانونية.

وأن يبيّن هذا الطعن على مخالفة وجه من أوجه عدم المشروعية التي يمكن أن تعيب القرار الإداري بصفة عامة: كعيب عدم الاختصاص أو الشكل أو مخالفة القوانين أو انعدام الأسباب أو الانحراف بالسلطة⁽⁴⁷⁾. وإذا كانت القاعدة العامة في مرحلة انعقاد العقد هي قبول فصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد، وجواز الطعن بالإلغاء فيها بصورة مستقلة عن العقد من طرف المتعاقدين، فإن القاعدة العامة جواز انفصال القرارات الإدارية عندما تكون الإدارة بصدد تنفيذ العقد ومن ثم «عدم جواز الطعن بالإلغاء ضد القرار المنفصل في مرحلة تنفيذ العقد من طرف المتعاقدين، ذلك أن كافة القرارات التي تصدرها جهة الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد الإداري لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء، والقرار المتعلق بتنفيذ العقد هو القرار الصادر من جهة الإدارة مستندا إلى نصوص العقد أو تنفيذا له.

وتأخذ دعوى المتعاقد عند الطعن ضد هذه القرارات، شكل دعوى أمام قاضي العقد (القضاء الكامل)، وتطبق هذا الأصل العام ذو مدى واسع فهو يشمل قرارات فسخ العقد التي تتخذها الإدارة من جانبها⁽⁴⁸⁾. 2 - الآثار القانونية على جزاء الفسخ: لا يتم فسخ صفقة الأشغال العمومية، أي الفسخ المجرد أو على مسؤولية المتعاقد المقصر بمجرد إخلال هذا الأخير بالتزاماته التعاقدية، وإنما يتم بعد إعداريين قانونيين التنبيه وإجبار المتعاقد العاجز على إصلاح أخطائه وتداركها، خلال المهلة الممنوحة له والتي يتضمنها الإعدار.

وإذا ما تعنت أو رفض تنفيذ موضوع الإعدار، جاز للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة والتي لها سلطة تقديرية في اللجوء إلى ذلك، أو توقيع جزاء آخر حسب مقتضيات المرفق العام أو المصلحة العامة ومن أجل ذلك لا بد على الإدارة من الإفصاح عن إرادتها بإصدارها قرار فسخ الصفقة، ونشير هنا أنه عدم إبلاغ هذا القرار للمقاول المقصر لا يجعله باطلا أو لا أثر له فالإبلاغ كمبدأ ليس شرطا لصحة التصرف القانوني، فهو مجرد شرط للقوة التنفيذية⁽⁴⁹⁾.

وإذا ما صدر قرار الفسخ وتم إبلاغه للمتعاقد المقصر، فإنه ينتج آثارا قانونية سواء أثار فيما يخص الصفقة في حد ذاتها أو أثار تمس بالمتعاقد وما يملكه.

أ- آثار إجراء الفسخ على صفقة الأشغال العمومية:

وبالتالي نلخصها فيما يلي:

أ-1- إنهاء الرابطة العقدية نهائيا بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها: فيصبح المفاوض غير مسؤول عن الالتزامات المنصوص عليها في العقد⁽⁵⁰⁾، ويشمل الفسخ العقد كله، فلا يطبق على بعض الأجزاء المرجحة مثلا، وتبقى على الجزء الخاسر⁽⁵¹⁾، أو تشمل ما هو صالح له، وتبقى الجزء الغير الصالح له، فهذا ليس من العدالة أن تحل بالتوازن المالي للعقد حتى في حالة خطأ المتعاقد⁽⁵²⁾.

أ-2- خضوع إجراء الفسخ لرقابة قاضي العقد (القضاء الكامل): يختص قاضي العقد وحده بممارسة الإدارة لسلطتها في إعلان الفسخ⁽⁵³⁾، فالإدارة وحدها مسؤولة عن سير المرفق العام⁽⁵⁴⁾، وينبغي أن تكون وحدها قاضي الملاءمة لفسخ في عقود الأشغال العمومية التي تهدف إلى حسن سير المرفق العام.

ولكن بناءً على طعن يرفع من طرف المتعامل المتعاقد، يختص قاضي العقد (القضاء الكامل) بمراقبة صحة وأساس ومبررات الفسخ، فلا يجوز له إلغاء الفسخ مهما شابه من عيوب وإنما تقتصر ولايته على بحث الحق في التعويض عنه، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة في فرنسا، وكذلك أنه ليس لقاضي العقد إبطال القرار الصادر بإعادة طرح الأشغال في مناقصة جديدة حالة الفسخ على مسؤولية المفاوض، بناءً على الطعن من المفاوض المفسوخ عقده فليس له أن يقرر عدم صحة القرار وإعفاء المفاوض من آثاره، مع منح المفاوض تعويضا إن كان له محل. لكن في مصر فإنّ للقضاء حق الحكم بالتعويض وله الحق الحكم بالإلغاء أيضا⁽⁵⁵⁾.

ب- آثار إجراء الفسخ على المتعاقد المقصر: إذا ما صدر قرار الفسخ فإنّ الرابطة العقدية تنتهي نهائيا، فيتعين على المفاوض إخلاء أماكن العمل وفي المواعيد المحددة من طرف المصلحة المتعاقدة.

فإذا رفض أو تأخر عن ذلك، قامت المصلحة المتعاقدة بإخلاء هذه الأماكن على نفقته ومسؤوليته، وخصم المبالغ المستحقة له من مبلغ الضمان أو بيع أدواته عن طريق المزاد، وهذا تضمنه دفتر الشروط الإدارية العامة لصفقة الأشغال⁽⁵⁶⁾.

ثم إنّ هذا الفسخ، لا يترتب بقوة القانون أيلولة ملكية مهمات وأدوات وآلات وعتاد المفاوض إلى ذمة الإدارة المتعاقدة، ولا تفرض على الإدارة كقاعدة عامة، وعادة ما تنظم في الصفقة أو دفاتر الشروط مصير هذه الأدوات والمهمات والآلات، وللمتعامل المتعاقد أيضا حرية عدم التنازل عنها، وللإدارة المتعاقدة الحرية في شرائها⁽⁵⁷⁾.

وإذا ما تضمن العقد شرطا باكتسابها لا يستتبع إلزام المفاوض المقصر بتقديمها إذا ما فقدت نتيجة الحادث الفجائي أو القوة القاهرة⁽⁵⁸⁾. على المصلحة المتعاقدة تسوية الحسابات النهائية للعقد (بتقديمها للمفاوض)، يجب عليها تصفية دين المفاوض لمفسوخ عقده هنا نميز بين حالتين:

ب-1- حالة الفسخ الجرد: تستلم المصلحة المتعاقدة الأشغال المنجزة في الفترة السابقة للفسخ، وتبدأ في تسوية الحساب النهائي للعقد، بعد نهاية مدة ضمان الأعمال المنفذة، مع رد الكفالات أو التأمين للمفاوض إن كان له محل بعد فترة الضمان مع الأخذ بعين الاعتبار سوء الصنعة⁽⁵⁹⁾ والعيوب الخفية...

ب-2- حالة الفسخ على مسؤولية المفاوض: قد تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى طرح الأشغال على مناقصة جديدة، وعليه يتحمل المتعاقد المفسوخ عقده، الأعباء التي تترتب على إتمام الأعمال بواسطة المفاوض الجديد، دون تحمل أعباء إضافية، وتخصم الزيادة في النفقات التي يستلزمها هذا التعاقد من المبالغ المستحقة له وذلك دون المساس بالحقوق في الرجوع عليه في حالة

عدم كفايتها، أما إذا تمخض عن عملية التعاقد الجديدة نقص في النفقات بالنسبة للصفقة الأولى فليس للمقاول المقصر حق الاستفادة منها⁽⁶⁰⁾. ولقد سلك مجلس الدولة الفرنسي مسلكا يتسم بالحكمة، وقوامه أن التصفية التي يفرضها العقد الأول إنما تقوم أساسا على نتائج المناقصة الجديدة، أي أن الإدارة المتعاقدة يجب أن تباشر فورا تصفية دين المقاول المقصر، بمجرد حدوث المناقصة الجديدة، على أساس المناقصة التي تمت بالمناقصة الأولى.

تستطيع المصلحة المتعاقدة اقتضاء مبلغ الدين المحسوب فورا، بحيث يسمح ذلك بالمقابل المفسوخ عقده، الحق بالمطالبة بإعفائه من كل أو بعض التزاماته، وفي حالات خاصة مثل تحلي المصلحة المتعاقدة عن الأشغال، أو خفض كمية الأعمال المنفذة، فللمقاول أن يسترد كل أو بعض المبالغ التي سبق وأن دفعها لصاحب المشروع.

وهذا الحل الذي سلكه مجلس الدولة الفرنسي، يحقق العدالة، إذ يعطي لكل ذي حق حقه ويحقق من جهة حماية المصالح المشروعة للمصلحة المتعاقدة، من خلال استيفائها لدينها من مقاولها، فتتجاشى مخاطر تزامم دائي المقاول، حالة شهر إفلاسه أو إعساره.

ومن جهة ثانية، يحافظ على حقوق المتعامل المتعاقد، حيث له أن يتمسك بنصوص العقد ضد الإدارة المتعاقدة، والزيادة التي التزم بها ودفعها مقابل إنجاز وإتمام الأشغال كلها⁽⁶¹⁾.

وفي فرنسا، المصلحة المتعاقدة هي التي تحدد بنفسها، عن طريق أمر بالدفع مبلغ دين المقاول المفسوخ عقده، دون اللجوء إلى قاضي العقد.

يعتبر جزاء الفسخ من أخطر الجزاءات التي يجب على المصلحة المتعاقدة أن تترتب قبل اتخاذها، لما له من أثر بليغ على سير المرفق العام والمصلحة العامة، حيث تبرم صفقات الأشغال العمومية وفقا لإجراءات معقدة، ومعايير يتطلبها التنظيم لاختيار أفضل المتعاقدين من أجل تنفيذها بمواصفات محددة وضمن فترة ومهلة وزمنية متفق عليها.

فالأمر يفرض على الأطراف المتعاقدة، الالتزام بما تضمنته الصفقة وبحسن نية، والالتزام العيني وعدم استبداله بالتنفيذ بمقابل، نظرا لارتباط هذا المشروع بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة الجزائرية.

ولا يتم جزاء الفسخ إلا إذا توفرت شروط من خطأ جسيم، وإعذار المتعاقد المقصر وتعلن المصلحة المتعاقدة بنفسها هذا الجزاء دون حاجة للجوء إلى القضاء.

ولكن ما يعاب على نصوص المنظمة للفسخ بموجب المرسوم الرئاسي الحالي أنها جعلت الفسخ يطبق في حالة الإخلال بالتزامات التعاقدية دون تعداد لصور الإخلال، ودون اشتراط درجة معينة لجسامة الخطأ ولتوضيح ذلك يرجع ويعتمد على دفتر الشروط الإدارية العامة والذي لم يعدل لكي يتماشى والتعديلات التي طرأت على القانون المنظم للصفقات العمومية.

ويظهر جليا في نص المادة 18 من الفقرة المتعلقة بنظام الورشات في الشروط الإدارية العامة⁽⁶²⁾، أنها مازالت تحيلنا على المادة 100 من قانون العقوبات الفرنسي، في حين كان لابد أن تحيلنا على قانون العقوبات الجزائري لتسليط عقوبات جزائية على المقاول المقصر، إلى جانب فسخ الصفقة ووفقا لما تقضي به التشريعات الجزائرية.

الخاتمة

نحتم ما سبق مناقشته والبحث فيه بالقول إن النظام القانوني لصفقة الأشغال العمومية بين السلطات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة، بحيث جعلها المشرفة على اختيار المتعامل المتعاقد الكفاء، بإتباع إجراءات صارمة ومعقدة عن طريق إجراء المناقصة. مما جعل المركز القانوني للمناقص أقل من مركز الشخص العام المتعاقد معه، الأمر الذي دفع بالمشروع الجزائري إلى أن يفرض على المصلحة المتعاقدة إذا ما اتبعت أسلوب المناقصة، أن تختار المتعاقد ليس فقط الذي يقدم أفضل عطاء وإنما بالنظر إلى معايير أخرى منها التقنية والفنية...

وحرص المشرع على ضبط حقوق والتزامات المقاول المتعاقد، فنظم حقه في اقتضاء الثمن سواء تحصل عليه بالطريق الإداري أو عن طريق تمويل الصفقة من طرف هيئة مالية كصندوق ضمان الصفقات العمومية، وضمن حقه في التوازن المالي عن طريق تنظيم حالة الظروف الطارئة، والقوة القاهرة في المرسوم الرئاسي الحالي، ولنظرية فعل الأمير في دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964، والذي يعتبر مرجعا أساسيا إلى يومنا هذا، رغم عدم مطابقته للكثير من نصوص التنظيم الحالي، الأمر الذي يدعو إلى تعديله بما يتوافق والأحكام التنظيمية الحالية.

ما يشكل أيضا ضمانا للمتعاقد مع الإدارة، هو أن التزاماته محددة مسبقا، حيث يتوجب على المقاول أن ينفذ بنود الصفقة ودفتر الشروط بكل إخلاص، وطبقا للمواصفات ووفقا للأجل المحددة.

ومن المؤكد أنّ معرفة المقاول المتعاقد سلفا لالتزاماته، والجزاءات المترتبة عن إخلاله بها يسدّ كلّ منافذ استعمال المصلحة المتعاقدة لسلطاتها وامتيازاتها المقررة باسم المصلحة العامة من جهة، ومن جهة أخرى، يتعين على المقاول أن يحرص بشدة على تنفيذ ما أوكل إليه ضمنا لسير المرافق العامة بانتظام واضطراد، مما يدفعه إلى التحلي بالانضباط في تنفيذ وإيجاز الأشغال⁽⁶³⁾.

ونذكر هنا أنّ التنظيم الحالي خول للمصلحة المتعاقدة في حالة إخلال المقاول المتعاقد بالتزاماته التعاقدية، التدخل بنفسها ودون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، بفرض جزاءات عليه سواء تلك التي لا تنهي الصفقة كالغرامات التأخيرية، ومصادرة الضمان، أو بسحب إيجاز الأشغال منه وتنفيذها عن طريق مقاول آخر على حساب المقاول المقصر، إلى جانب تلك الجزاءات الخطيرة والتي تنهي الرابطة التعاقدية، عن طريق إصدار الشخص العام لقرار الفسخ والذي يمنع المشرع الجزائي الاعتراض عليه، أو رفع دعوى لإلغائه. لأنّ قرارات الفسخ في حقيقتها ليست قرارات إدارية وإنما هي إجراءات تتخذها الإدارة في نطاق

- الصفقات العمومية، ج ر، عدد14، الصادر في 06/03/2011، ص14. والمعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222، المؤرخ 16/06/2011، ج ر، عدد34، الصادر في 19/06/2011، ص04، والمعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23، ج ر، عدد04، الصادر 26/01/2012، ص 04. المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم13-03 المؤرخ 13/01/2013، ج.ر عدد 02، الصادر 13/01/2013، ص5.
- (3) تراجع كذلك المادة 2/113 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، المطبق حاليا، والمذكور أعلاه.
- (4) ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، مرجع سابق، ص256.
- (5) تراجع المادة 1/61 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المذكور أعلاه.
- (6) يراجع: ياقوتة عليوات، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، مرجع سابق، ص ص260-267.
- (7) المادة 2/112 من المرسوم المطبق حاليا والمذكور سابقا.
- (8) محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، الموظفون العموميون، أموال الإدارة العامة، دار الجامعة الجديدة، دون بلد النشر، 2009، ص598.
- (9) عبد القادر رحال، سلطة التعامل العمومي في توقيع الجزاءات على المفاوض المتعاقد معه في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة الماجستير في الإدارة والمالية، جامعة مولود معمري، معهد العلوم القانونية والإدارية، تيزي-وزو، 1989-1990، ص201.
- (10) محمد سعيد الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية، دراسة تحليلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007، ص154.
- (11) ياقوتة عليوات، تطبيقات، مرجع سابق، ص249.
- (12) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، بحث للحصول على درجة دكتوراه في القانون الإداري، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 2005، ص249.
- (13) تنص المادة 119 من الأمر 75-58، المؤرخ 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر، عدد78، الصادر 30/09/1975، ص990، في العقود الملزمة لجانبين: «إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك... ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف».
- (14) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات، مرجع سابق، ص250.
- (15) تراجع المادة 34 من القرار الوزاري المؤرخ رقم: 21/11/1964، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر عدد 06 الصادر 19/01/1964.
- (16) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات، مرجع سابق، ص203.
- (17) المرجع نفسه، ص256.

- (18) المرجع نفسه، ص260.
- (19) تراجع المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل والمتمم، المطبق حالياً، المذكور سابقاً.
- (20) سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني لصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم قانون عام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2005، ص132.
- (21) سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد ...، مرجع سابق، ص133.
- (22) المادة 1/18 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المذكور سابقاً.
- (23) المادة 1/12 و4 و5 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المذكور أعلاه.
- (24) تراجع المادة 11 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المذكور أعلاه.
- (25) عبد القادر رحال، سلطة...، مرجع سابق، ص207.
- (26) تراجع المادة 35 والمادة 36 المادة و38 من المرسوم الرئاسي رقم 10/236 المعدل والمتمم، المذكور سابقاً، ص51.
- (27) عبد القادر رحال، سلطة...، مرجع سابق، ص209.
- (28) تراجع المادة 11/35 من دفتر الشروط الإدارية العامة، المذكور أعلاه.
- (29) عبد القادر رحال، سلطة...، مرجع سابق، ص210.
- (30) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات...، مرجع سابق، ص261-262.
- (31) مرجع نفسه، ص262.
- (32) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات...، مرجع سابق، ص262.
- (33) تراجع المادة 120 من ت م ج، المذكور سابقاً.
- (34) عبد القادر رحال، سلطة...، مرجع سابق، ص211.
- (35) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات...، مرجع سابق، ص277.
- (36) تراجع المادة 112 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل والمتمم والمذكور سابقاً، ص24.
- (37) حيث تطبيقاً للمادة 112 من المرسوم الرئاسي المذكور أعلاه، صدر قرار من وزير المالية، المؤرخ رقم: 28/03/2011، يجدد البيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره. ج.ر، عدد24، ص22، وهذا ما تضمنته المادة 01 منه.
- (38) المادة 2 من القرار ذاته تنص: «إن الفسخ من جانب واحد للصفقة من طرف المصلحة متعاقدة لا يتم إلا بع إعدارين قانونيين للمتعامل المتعاقد العاجز».
- (39) المادة 03 من القرار الصادر عن وزير المالية المؤرخ 28/04/2001، والحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره، والمذكور سابقاً.
- (40) المادة 04 من القرار ذاته.
- (41) المادة 1/05 من القرار ذاته.
- (42) المادة 2/05 من القرار الصادر عن وزير المالية المؤرخ 28/04/2001، والحدد للبيانات التي يتضمنها الإعذار وأجال نشره، والمذكور سابقاً.

- (43) المادة 3/05 من القرار ذاته.
- (44) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات...، مرجع سابق، ص 275.
- (45) يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1654 لسنة 36ق، جلسة 1994/03/22 نقلا عن: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس...، مرجع سابق، ص 307.
- تنص المادة 819 ق.إ.م.إ، مرجع سابق، على ما يلي: «يجب أن يرفق مع العريضة الرامية إلى إلغاء أو تفسير، أو تقدير من مشروعية القرار الإداري، تحت طائلة عدم القبول، القرار الإداري المطعون فيه، ما لم يوجد مانع مبرر.
- وإذا ثبت أن هذا المانع يعود إلى امتناع الإدارة من تمكين المدعي من القرار المطعون فيه، أمرها القاضي المقرر بتقديره في أول جلسة، ويستخلص النتائج القانونية المترتبة على هذا الامتناع».
- (46) وهيبه بوغازي، تطوير الطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 44.
- (47) يراجع في عدم الاختصاص: لحسن بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية «وسائل المشروعية»، الطبعة الأولى، دار هومه، الجزائر، 2006: عدم المشروعية الخارجية، ص 65 وما بعدها. عدم المشروعية الداخلية، ص 209 وما بعدها.
- Gustave PEISER, Contentieux administratif, 10eme éditions, Dalloz, Paris, 1997, pp 142-681
- (48) وهيبه بوغازي، تطور الطعن بإلغاء في العقود الإدارية، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون عام، جامعة فرحات عباس، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، سطيف، 2009-2010، ص 43.
- (49) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات...، مرجع سابق، ص ص 279-280.
- (50) مرجع نفسه، ص 281.
- (51) سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد...، مرجع سابق، ص 135.
- (52) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات...، مرجع سابق، ص 281.
- (53) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات...، مرجع سابق، ص 289.
- (54) مرجع نفسه، ص 292.
- (55) مرجع نفسه، ص ص 289-291.
- (56) مرجع نفسه، ص 282.
- تراجع كذلك المادة 2/23 و 3 و 4 من دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال، المذكور سابقا.
- (57) سهام بن دعاس، المتعاقد...، مرجع سابق، ص 135.
- كذلك: هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات...، مرجع سابق، ص 282.
- (58) المرجع نفسه، ص 282.
- (59) المرجع نفسه، ص 283.
- (60) المرجع نفسه، ص 284.

- 61) هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات...، مرجع سابق، ص286.
- 62) تراجع المادة 18/ب/1/ب من دفتر الشروط الإدارية العامة، والتي مازالت تحيلنا على المادة 100 من قانون العقوبات الفرنسي المذكور سابقا. بالفرنسية تنص:
- Art 18/B sous-titre: Clauses supplémentaires applicables aux travaux intéressant la défense / 1polices des chantiers: «Lorsque l'entrepreneur et ses sous-traitants ont découvert un acte de malveillance caractérisé, ils sont tenus d'alerter immédiatement l'ingénieur d'arrondissement ou l'architecte, sous peine de poursuites éventuelles, en application de l'article 100 du code pénal... ».
- والأجدر أن تحيلنا على المادة 163 من قانون العقوبات الجزائري، والتي ترتبط بالمادة 18 أعلاه من حيث معنى سوء النية الذي يمكن أن يكون نوع من الغش والتدليس في نوع أو صفة أو كمية الأعمال أو اليد العاملة...
- 63) للتفاصيل أكثر يراجع: سهام بن دعاس، المتعامل المتعاقد...، مرجع سابق، ص143.
- 64) للاطلاع على تطور دعوى الإلغاء وأثاره على اشتراط المصلحة فيها يراجع خاصة: وافية داهل، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العام، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة فرحات عباس، سطيف، دون سنة مناقشة، ص22 وما يليها.
- 65) أي وجود عيب في إحدى أركان القرار الإداري. للتفصيل أكثر يراجع: عبد الكريم بودريو، «أجال رفع دعوى الإلغاء»، (وفقا لقانون رقم 08-09، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد01، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2010، ص ص23.
- 66) إسماعيل مجري، الضمانات في مجال الصفقات في الجزائر، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة بن يوسف بن خدة، كلية الحقوق، الجزائر، 2008-2009، ص138 وما بعدها.
- يرى أستاذ محمد الشريف كتو» خلاف ذلك أي يعتبر أن قرار فرض جزاءات مالية وقرار فسخ الصفقة قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء، ولا يتعلق الطعن بإلغاء العقد الإداري المبرم، ولكن هناك إمكانية للوصول إلى ذلك بواسطة نظرية القرارات الإدارية القابلة للانفصال التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي... للمزيد من التفاصيل راجع:
- محمد الشريف كتو، (حماية المنافسة في الصفقات العمومية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، عدد02، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص ص83-84.
- للتوضيح أكثر راجع خاصة:

-René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 13ème édition, édition Montchrestien, Paris, 2008, pp723-730.

67) تراجع المادة 18/ب/1/ب من دفتر الشروط الإدارية العامة، والتي مازالت تحيلنا على المادة 100 من قانون العقوبات الفرنسي المذكور سابقا. بالفرنسية تنص:

Art 18/B sous-titre : Clauses supplémentaires applicables aux travaux intéressant la défense / 1-polices des chantiers: «Lorsque l'entrepreneur et ses sous-traitants ont découvert un acte de malveillance caractérisé, ils sont tenus d'alerter immédiatement l'ingénieur d'arrondissement ou l'architecte, sous peine de poursuites éventuelles, en application de l'article 100 du code pénal... ».

والأجدر أن تحيلنا على المادة 163 من قانون العقوبات الجزائري، والتي ترتبط بالمادة 18 أعلاه من حيث معنى سوء النية الذي يمكن أن يكون نوع من الغش والتدليس في نوع أو صفة أو كمية الأعمال أو اليد العاملة...

دور الخزينة في الرقابة على الصفقات العمومية **- حالة خزينة ولاية الأغواط-**

أ.عزوز مخلوفي مفتش مركزي للخزينة
أ.بلقاسم بوفاتح مفتش رئيسي للخزينة،
خزينة ولاية الأغواط

تمهيد

تعتبر خزينة الدولة أحد أبرز الهيئات العمومية ذات الطابع المالي التي تعمل على دفع النفقات وتحصيل الإيرادات العمومية، كما لهذه الأخيرة سلطة رقابية على كل النفقات سواء تعلقت بنفقات التسيير أو التجهيز أو الإستثمار قبل تنفيذ أية عملية دفع لها، وهذا من خلال الفحص الدقيق والشامل لكل الوثائق التبريرية أو الثبوتية.

وتأخذ الصفقات العمومية الحيز الكبير من عملية الرقابة على مستوى الخزينة العمومية لما لها من أثر على خزينة الدولة حيث تسخر هذه الأخيرة مصلحة للقيام بهذه المهمة لفحص لكل الإتفاقيات قبل أي عملية دفع والتأكد من أية تعديلات قد تطرأ على هذه الأخيرة ومقارنتها مع ما تضمنه قانون الصفقات العمومية للتأكد من المطابقة التامة مع كل بنود هذا الأخير دون إستثناء، لهذا أردنا من خلال هذه الورقة البحثية الوقوف على دور هذه الهيئة في عملية الرقابة وعلى وجه الخصوص ما تعلق بالصفقات العمومية والمادة القانونية الملزمة للقيام بها وذكر أبرز مراحلها وأهم المعلومات التي من الواجب التأكد منها وهذا من خلال دراسة حالة على مستوى مصلحة رقابة الصفقات العمومية بخزينة ولاية الأغواط.

من خلال ما سبق يمكن طرح السؤال التالي: ما هو دور الخزينة العمومية في الرقابة على تنفيذ الصفقات العمومية؟
وللإجابة على التساؤل السابق قمنا بتقسيم الورقة البحثية إلى محورين كالآتي:

المحور الأول: مدخل للصفقات العمومية

1. مفهوم الصفقة العمومية
2. تصنيف الصفقات العمومية
3. أهم المراحل العملية لإبرام الصفقات العمومية
4. أشكال الرقابة على الصفقات العمومية
- 1.4 رقابة المصلحة المتعاقدة (الرقابة الداخلية)
- 2.4 رقابة لجنة الصفقات العمومية "الولائية" (الرقابة الخارجية)
- 3.4 رقابة الوصاية

المحور الثاني: الخزينة العمومية والرقابة على الصفقات العمومية
(حالة خزينة ولاية الأغواط)

1. الرقابة الشكلية للصفقات العمومية
2. الرقابة من الناحية الموضوعية للصفقة العمومية
- 1.2 الأحكام العامة
- 2.2 بنود أو مواد الصفقة العمومية
3. رقابة المحاسب العمومي أثناء تنفيذ الصفقة العمومية
4. أهم المشاكل ذات الصلة بتنفيذ الصفقات العمومية

المحور الأول: مدخل للصفقات العمومية

سنحاول الإشارة في هذا المحور إلى مفهوم الصفقات العمومية وصولاً إلى أهم المراحل العملية لإبرامها وأهم أشكال الرقابة عليها.

1. مفهوم الصفقة العمومية: الصفقة هي عقد مكتوب بين طرفين أو أكثر يلتزم فيه الأطراف بتنفيذ ما تمّ الإتفاق عليه والعقد شريعة المتعاقدين فهو القانون الذي يحكم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة⁽¹⁾
- الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال وإقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة⁽²⁾

وتصنف العقود التي تبرمها المصالح العمومية المتعاقدة بين الصفقة والإتفاقية كما هو مبين في الجدول التالي⁽³⁾؛

طبيعة العقد المبرم	صفقة	إتفاقية
إنجاز	أكثر من 8 ملايين دينار جزائري	أقل من 8 ملايين دينار جزائري
دراسات	أكثر من 4 ملايين دينار جزائري	أقل من 4 ملايين دينار جزائري
خدمات	أكثر من 4 ملايين دينار جزائري	أقل من 4 ملايين دينار جزائري

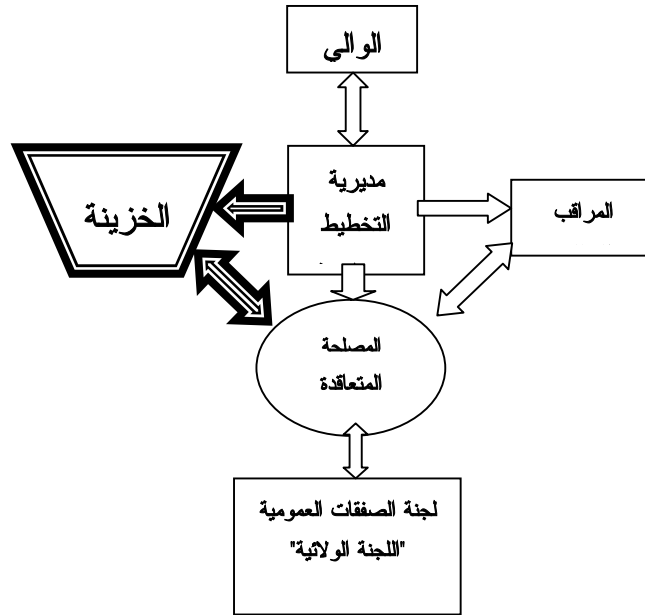
2. تصنيف الصفقات العمومية:

تصنف الصفقات العمومية حسب موضوعها إلى⁽⁴⁾؛

- صفقة التوريدات: وتهدف للحصول على المواد المنقولة مثل المعدات.
- صفقة الإنجاز: وهي الصفقات التي تهدف مثلا لإنجاز أشغال البناء أو الصيانة.
- صفقة خدمات: وهي الصفقات التي يكون موضوعها تقديم خدمات معينة مثل خدمات النقل.
- صفقات الدراسة: وهي الصفقات التي يكون موضوعها تقديم دراسات مثل المخططات والتقديرات.

3. أهم المراحل العملية للصفقات العمومية:

يمكن تلخيص أهم خطوات إبرام الصفقات العمومية من خلال الشكل الموالي:



المصدر: من إعداد الباحثين اعتمادا على مقابلة مع إطارات الرقابة المالية والخزينة العمومية لولاية الأغواط.

من خلال الشكل السابق يتبين أن إجمالي حصة الولاية من برامج الإستثمار يتم توزيعها حسب القطاع تحت إشراف الوالي وبعد ذلك يتم إرسال نسخة إلى مديرية التخطيط ومتابعة الميزانية والتي بدورها تقوم بتفصيل العمليات لكل قطاع مثلا (القطاع؛ القطاع الفرعي؛ الباب...إلخ) ويقصد بتسجيل العملية إعداد بطاقة تحتوي كل المعلومات الخاصة بها مثل (رقم العملية؛ البرنامج الذي تنتمي إليه؛ عنوان العملية؛ مبلغ العملية...إلخ). وبعد ذلك يتم إرسال نسخة إلى كل من:

-الوالي؛

-المراقب المالي؛

-أمين الخزينة الولائية؛

-المدراء المعنيين.

وبعد هذه المرحلة يتم إبرام الصفقة العمومية، سنحاول إبراز أهم مراحلها والأطراف ذات العلاقة بها:

- تقديم نسخة من دفتر الشروط من طرف المصلحة المتعاقدة موجهة للجنة الولائية للصفقات العمومية، بعد دراسته ومطابقته مع دفتر الشروط الإدارية والقوانين سارية المفعول وفي حالة عدم وجود أي تعارض يتم قبول هذا الأخير والتأشير عليه.
- بعد قبول دفتر الشروط المعد من طرف لجنة الصفقات على المستوى المصلحة المتعاقدة والمؤشر عليه من طرف اللجنة الولائية للصفقات العمومية يتم الإعلان عن المناقصة حسب الشروط والكيفيات المحددة ضمن موضوع دفتر الشروط.
- إرسال مشروع الصفقة التي تم إختيارها طبقا لدفتر الشروط من طرف لجنة الصفقات العمومية على مستوى المصلحة المتعاقدة للجنة الولائية للصفقات العمومية.
- بحيث تقوم هذه الأخيرة بمراقبة مدى إحترام لجنة الصفقات العمومية على المستوى المصلحة المتعاقدة للإجراءات القانونية في إختيار المتعامل المتعاقد المستفيد من الصفقة ومطابقته مع دفتر الشروط المصادق عليه سابقا.
- يتأكد المراقب المالي من وجود تأشيرة لجنة الصفقات العمومية وتاريخها على واجهة الصفقة بالإضافة إلى ضرورة الإطلاع على محتوى مقرر هذه الأخيرة ومطابقته مع مضمون الصفقة المصادق عليها فيما يتعلق برقم الحصة، طبيعة العملية، إسم المتعامل المتعاقد، مبلغ الصفقة، تاريخ منح الصفقة والتأشيرة... إلخ، بعد ذلك يتم التأشير على بطاقة الإلتزام بعد التأكد من وجود وكفاية الإعتماد الممنوح والمخصصة قانونا لهذه العملية، ويتم بعد ذلك إرجاع النسخة المصادق عليها إلى المصلحة المتعاقدة.
- يأتي دور الخزينة العمومية في المرحلة الأخيرة من تنفيذ الصفقة العمومية وهي مرحلة تسديد النفقة العمومية وهنا يتوجب على الحاسب العمومي التأكد من مدى إحترام القوانين والأنظمة سارية

المفعول إنطلاقاً من المرحلة الأولى إلى آخر مرحلة وهي خروج النفقة العمومية وهذا ما سيتم التطرق له لاحقاً.

4. أشكال الرقابة على الصفقات العمومية:

تتمثل أهم أشكال الرقابة على الصفقات العمومية والمتمثلة في رقابة داخلية وخارجية ووصائية⁽⁵⁾

1.4 رقابة المصلحة المتعاقدة: (الرقابة الداخلية): تمارس الرقابة الداخلية وفق النصوص التي تتضمن تنظيم مختلف المصالح المتعاقدة وقوانينها الأساسية دون المساس بالأحكام القانونية المطبقة على الرقابة الداخلية. ويجب أن تبين الكيفيات العملية لهذه الممارسة وعلى وجه الخصوص محتوى مهمة كل هيئة رقابية والإجراءات اللازمة لتناسق عمليات الرقابة وفعاليتها⁽⁶⁾

تحدث لدى كل مصلحة متعاقدة، لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية للصفقات العمومية في حدود مستويات الاختصاص⁽⁷⁾

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعد في بداية كل سنة مالية⁽⁸⁾:

- قائمة بكل الصفقات المبرمة خلال السنة المالية السابقة وكذا أسماء المؤسسات أو تجمعات المؤسسات المستفيدة؛
- البرنامج التقديري للمشاريع التي يتعين الإنطلاق فيها خلال السنة المالية المعنية، الذي يمكن أن يعدل إذا إقتضى الأمر ذلك أثناء نفس السنة المالية؛

ويجب أن تنشر المعلومات السالفة الذكر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي و/أو في الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة.

تتلخص أهم مراحل الرقابة الداخلية من خلال النقاط التالية:

- لجنة فتح الأظرفة:
- تتكفل لجنة فتح الأظرفة بمراقبة التالي⁽⁹⁾:

- صحة تسجيل العروض على السجل الخاص بها ومدى احترام الوثائق المطلوبة حسب التشريع الجاري به العمل؛
- تعد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة؛
- تعد وصفا مفصلا لكل الوثائق التي يتكون منها كل عرض؛
- تحرير المحضر أثناء انعقاد الجلسة الذي يوقع عليه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة؛
- دعوة المتعهدين عند الإقتضاء، كتابيا، إلى إستكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة في أجل أقصاه 10 أيام.
- تحرر لجنة فتح الأظرفة عند الإقتضاء محضرا بعدم جدوى العملية يوقعه الأعضاء الحاضرون، عندما يتم إستلام عرض واحد أو في حالة عدم إستلام أي عرض.
- لجنة تقييم العروض: خلافا لإختصاص لجنة فتح الأظرفة تتمتع لجنة تقييم العروض بصلاحيات واسعة فنية وتقنية تتمثل في مرحلتين هما⁽¹⁰⁾:
- المرحلة الأولى: تتمثل في التقييم التقني للعروض
 - تقوم هذه اللجنة بإقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولتحتوي دفتر الشروط؛
 - تعمل على تحليل العروض على أساس المعايير والمنهجية المنصوص عليها في دفتر الشروط؛
 - تقوم في مرحلة أولى بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط؛
- المرحلة الثانية: تتمثل في التقييم المالي للعروض بالنسبة للمتعهدين الذين تم إنتقاؤهم في المرحلة الأولى
 - يتم اختيار العرض الأقل ثمنا إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وإما أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية إذا كان الإختيار قائما أساسا

على الجانب التقني للخدمات، وإذا كان العرض المالي للمتعاقل الإقتصادي المختار مؤقتا، يبدو منخفضا بشكل غير عادي، فإنه يمكن للمصلحة المتعاقد رفض العرض بقرار معلل بعد تقديم طلب كتابيا للمتعاقل المتعاقد يتضمن التوضيحات التي تراها ملائمة.

2.4 رقابة لجنة الصفقات العمومية "الولائية": (الرقابة الخارجية): حسب ما جاء به المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المادة 136 "الصفقات التي تبرمها البلدية والمؤسسات العمومية المحلية، والتي يساوي مبلغها أو يفوق خمسين مليون دينار (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات إنجاز الأشغال أو إقتناء اللوازم ويقل عن ستة مائة مليون دينار (600.000.000 دج) و(150.000.000 دج) على التوالي، وعشرون مليون دينار (20.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسة أو الخدمات وأقل من مائة مليون دينار (100.000.000 دج)

وعليه؛ فكل عقد أو طلب يفوق المبالغ المبينة آنفا يتطلب إبرام صفقة تمارس عليها رقابة من طرف لجنة الصفقات العمومية. وتتمثل رقابة الرقابة الخارجية في إطار العمل الحكومي في التحقق من مطابقة الصفقات المعروضة على الهيئات الخارجية للتشريع والتنظيم المعمول بهما وترمي الرقابة الخارجية إلى التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقد للعمل المبرمج بكيفية نظامية⁽¹¹⁾.

- وتتلخص رقابة لجنة الصفقات العمومية في النقاط الآتية:
- تخضع مشاريع دفاتر شروط المناقصات لدراسة لجان الصفقات المختصة قبل إعلان المناقصة حسب التقدير الإداري للمشروع؛
 - تؤدي دراسة لجنة الصفقات المختصة في أجل خمسة وأربعين (45) يوما، إلى صدور مقرر (تأشيرة) تكون صالحة لثلاثة (03) أشهر ابتداء من تاريخ توقيعها، وإذا إنقضى هذا الأجل تعرض دراسة دفاتر الشروط المعنية من جديد على لجنة الصفقات المختصة.

- تعفى المصلحة المتعاقدة من تأشيرة لجنة الصفقات المختصة بالنسبة للعمليات ذات الطابع المتكرر و/أو من نفس الطبيعة التي يشرع فيها على أساس دفتر شروط نموذجي مصادق عليه. وتتشكل لجنة الصفقات الولائية من:
 - الوالي أو ممثله رئيسا؛
 - ثلاثة (03) ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي؛
 - ممثلين اثنين (02) عن الوزير المكلف بالمالية "مصلحة الميزانية (المراقب المالي) ومصلحة المحاسبة (أمين الخزينة العمومية)";
 - مدير التخطيط وتهيئة الإقليم بالولاية؛
 - مدير الري للولاية؛
 - مدير الأشغال العمومية للولاية؛
 - مدير التجارة للولاية؛
 - مدير السكن والتجهيزات العمومية للولاية؛
 - مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية.
- 3.4 رقابة الوصاية: تمثل غاية رقابة الوصاية التي تمارسها السلطة الوصية في التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والإقتصاد، والتأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج والاسبقيات المرسومة للقطاع⁽¹²⁾
- وعند التسليم النهائي للمشروع، تعد المصلحة المتعاقدة تقريرا تقييميا عن ظروفه إنجازها وكلفته الإجمالية مقارنة بالهدف المسطر مسبقا. ويرسل هذا التقرير إلى الوزير أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني.
- المحور الثاني: الخزينة العمومية والرقابة على الصفقات العمومية (حالة خزينة ولاية الأغواط)
- سنحاول في هذا المحور الإشارة إلى أهم النقاط أو المراحل التي يتم الوقوف عندها عند رقابة تنفيذ أي صفقة عمومية قبل القيام بتسديد أي مبلغ لها.

وتجدر الإشارة إلى أنه في الواقع العملي يتم إيداع ملف الصفقة لدى الخزينة العمومية يكون عند تقديم وضعية الأشغال الأولى.

1. الرقابة الشكلية للصفقات العمومية:

بحث تتم هذه الرقابة في المرحلة الأولى قبل البدء في تنفيذ موضوع الصفقة وتركز هذه الأخير على النقاط التالية:

- التأكد من وجود كل المصادقات والتأشيرات التي تسبق إيداع الصفقة العمومية على مستوى الخزينة العمومية وتتمثل على وجه الخصوص في:

- مصادقة لجنة الصفقات العمومية "اللجنة الولائية" والتي تمثل بمثابة رقابة خارجية قبلية لموضوع الصفقة العمومية، "التأشير على الصفقة وكذا المقرر المرفوق مع هذه الأخيرة"؛

- تأشيرة المراقب المالي وتمثل هذه الأخيرة كذلك رقابة قبلية للصفقة العمومية وتقتصر تأشيرة المراقب المالي على موضوع الصفقة فقط، طبقا للمرسوم رقم: 92-414 الصادر بتاريخ 1992/11/14.

وتجدر الإشارة إلى أن الحاسب العمومي يتأكد من مطابقة كل المعلومات الواردة في مضمون الصفقة العمومية مثل اسم المتعاقد، رقم الحصة، المبلغ، طبيعة العملية، مكان العملية، صاحب المشروع، ومقارنتها مع مقرر لجنة الصفقات العمومية وفي حالة أي تعارض أو مخالفة للقوانين والأنظمة سارية المفعول يتم رفض الصفقة مباشرة.

- مضمون ملف الصفقة العمومية المودع لدى الخزينة: ويتضمن ملف الصفقة المودع على مستوى الخزينة العمومية المكون من نسختين الوثائق التالية:

- ملف الصفقة العمومية كاملا "سيتم التطرق لمضمونه من خلال نموذج لإحدى الصفقات العمومية عن التطرق للرقابة الموضوعية أو المعمقة" ويتضمن هذا الأخير مجموع البيانات التالية حسب المادة 62 من قانون الصفقات العمومية⁽¹³⁾:

- التعريف الدقيق بالأطراف المتعاقدة؛
 - هوية الأشخاص المؤهلين قانونا لإمضاء الصفقة وصفاتهم؛
 - موضوع الصفقة محددًا وموصوفًا وصفًا دقيقًا؛
 - المبلغ بالتفصيل والموزع بالعملة الصعبة والدينار الجزائري حسب الحالة؛
 - شروط التسديد؛
 - آجال تنفيذ الصفقة؛
 - البنك محل الوفاء "المقر ورقم الحساب المفتوح باسم المتعامل المتعاقد"؛
 - تاريخ توقيع الصفقة ومكانه؛
- حيث في هذه المرحلة على المحاسب العمومي أن يتأكد جيدا من النقاط السالفة الذكر نفسها في مضمون الصفقة العمومية.
- بطاقة الالتزام: تقدم بطاقة الالتزام في ثلاث نسخ تعد من طرف الأمر بالصرف وتؤشر من طرف المراقب المالي، بحيث:
 - نسخة للخزينة العمومية ذات اللون الأصفر؛
 - نسخة للمراقب المالي ذات اللون الأزرق؛
 - نسخة يحتفظ بها الأمر بالصرف ذات اللون الأبيض.
- وهنا يتأكد المحاسب العمومي من محتوى بطاقة الالتزام من خلال تأشيرة المراقب المالي وتوقيع وختم الأمر بالصرف وصفته، وكذا مبلغ العملية وطبيعتها ورقم الحصة.
- بطاقة وضعية الأشغال :
- مطابقة للنموذج القانوني تحتوي هذه الأخيرة كل المعلومات الخاصة بالمتعامل المتعاقد مثل رقم العملية، طبيعتها، مبلغها، الوثائق الحاسبية.. الخ. ويجب أن يتأكد المحاسب العمومي من وجود المصادقات والتأشيرات التالية:
- مصادقة وإمضاء صاحب المشروع "الهيئة المعنية"؛
 - مصادقة وإمضاء مكتب الدراسات؛
 - مصادقة وإمضاء المتعامل المتعاقد أو المستفيد.
 - كشف حساب الأشغال المنجزة: يتضمن هذا الأخير التفصيل الكامل للجانب المالي والكمي لموضوع الصفقة وكذا المبلغ الإجمالي لها بحيث

- يتأكد المحاسب العمومي من صحة العمليات خاصة السعر الحدودي والكمية المقابلة له وصحة حساب المبالغ ويفيد هذا الكشف من الإطلاع على الكمية المنجزة "تقدم الأشغال" وكذا الأرصدة الباقية.
- الأمر بالخدمة OD S: ويتضمن هذا الأمر كل المعلومات المهمة مثل رقم الحصة وطبيعة العملية ورقم التسجيل.
- ويتأكد المحاسب العمومي من مصادقة صاحب المشروع وإمضائه وصفته "الأمر بالصرف" من جهة والمتعامل المتعاقد من جهة أخرى.
- كما يتم التأكد من تاريخ صدور هذا الأمر حسب الإتفاق المبرم بين الهيئة والتعاقد في مضمون الصفقة، والذي لا يمكن إيداعه لدى الخزينة العمومية في مدة تقل عن شهر.
- ملاحظة: يقدم الأمر بالخدمة للخزينة العمومية عند أول وضعية أشغال مع ملف الصفقة العمومية.
- تقرير العرض المرسل إلى لجنة الصفقات العمومية: حيث يتم إعداد تقرير العرض من قبل الهيئة المتعاقدة وتتم المصادقة عليه من طرف لجنة الصفقات العمومية بعد التأكد من مطابقة هذا الأخير ودفتر الشروط المصادق عليها سابقا وكذا دفتر الشروط الإدارية والقوانين والأنظمة سارية المفعول.
- حوالة الدفع: تقدم في ثلاث نسخ صفراء وزرقاء وبيضاء نسختين تحتفظ بهما الخزينة والنسخة الزرقاء ترسل للأمر بالصرف كأداة إثبات تتضمن هذه الأخيرة إجمالي مبلغ وضعية الأشغال بحيث يتأكد المحاسب العمومي من مصادقة الأمر بالصرف وصفته أو المفوض له وصفته. وكذا مبلغ الحوالة بالأرقام والأحرف بالإضافة إلى رقم الحساب البنكي ومقره نوع العملية ورقم الحصة.
- بطاقة الدفع: تودع هذه الأخيرة في كل عملية صرف للنفقة العمومية المتعلقة بالصفقة العمومية.
- تتضمن هذه الأخيرة إجمالي المبلغ المتضمن في الحوالة أي يجب أن يتأكد المحاسب العمومي من تطابق بالأرقام والأحرف وكذا كل المعلومات

- آجال صلاحية العرض: وهذا طبقا للأجال المحددة في دفتر الشروط وهي المدة التي تسبق إختيار العرض إلى غاية أمر إنطلاق الأشغال؛
- التأمينات: وتكون محددة وفقا لدفتر الشروط، مثلا تأمين العمال، العتاد...إلخ؛
- تسديد الوضعيات: يتم تحديد مدة تقديم الوضعيات طبقا للمادة أو بند الصفقة والتي لا يمكن أن تقل عن شهر مع تحديد عدد النسخ المقدمة؛
- كيفية تقييم الأشغال: وهذا يكون طبقا لمخطط المواصفات التقنية؛
- التسبيق الجزافي _ إن وجد _ والذي لا يمكن أن يتجاوز 15% من إجمالي مبلغ الصفقة؛
- التسبيق على التموين - إن وجد - والذي لا يمكن أن يتجاوز 35% من إجمالي الصفقة ويتم منح هذا التسبيق على السلع أو المواد الأولية في حالة تعسر على المتعامل المتعاقد تسديد مستحقاتها شرط أن تكون لها علاقة مباشرة بموضوع الصفقة وذلك بعد معاينتها من طرف لجنة خاصة وإعداد محضر يثبتها؛
- وتجدر الإشارة إلى شرط عدم تجاوز التسبيين السابقين أو أحدها نسبة 50% من مبلغ الصفقة المقدمة مع تقديم كفالة ضمان مقابلة لمبلغ التسبيق أو التسبيين بنسبة 100%.
- الضمانات: وهي كالآتي:
- ضمانات التسبيقات "والمتمثلة في التسبيق على التموين، التسبيق الجزافي"؛
- وتجدر الإشارة إلى أن هذه التسبيقات الممنوحة للمتعامل المتعاقد يتم إقتطاعها شهريا من كل وضعية أشغال مقدمة إلى حين بلوغ 80% من إجمالي الصفقة العمومية "أي يجب أن يتم إسترجاع مبلغ التسبيقات الممنوحة قبل تجاوز حد 80% من إجمالي الصفقة المدفوع للمتعامل المتعاقد"

ويتم استرجاع التسبيقات وفقا للقاعدة التالية:

مبلغ وضعية الأشغال * مبلغ التسبيقات الجزافية	مبلغ استرجاع التسبيقات الجزافية =
مبلغ الصفقة * 80%	

مبلغ وضعية الأشغال * مبلغ التسبيقات على التموين	مبلغ استرجاع التسبيقات التموين =
مبلغ الصفقة * 80%	

وتحذر الإشارة إلى أنه قد يتم خصم مبلغ التسبيقات قد يفوق أو يقل عن ناتج تطبيق المعادلة السابقة لكن يجب على المحاسب العمومي التأكد من عدم تجاوز تسديد 80% من إجمالي الصفقة العمومية.

- كفالة حسن التنفيذ: تمثل هذه الكفالة من 1% إلى 5% من مبلغ الصفقة أو يتم تطبيق اقتطاع 5% في كل وضعية بالنسبة للصفقات التي لا تبلغ حدود اختصاص اللجان الوطنية والقطاعية للصفقات⁽¹⁴⁾

فالمحاسب العمومي لا يقوم بصرف أي نفقة دون توفر كفالة حسن التنفيذ مؤشرة وممضاة من طرف المؤسسة التي منحها وفي العادة المؤسسات المالية مثل البنوك مع ضرورة اعتماد هذه الأخير من طرف البنك المركزي. ويجب أن يشير موضوع الصفقة إلى ضرورة إقتطاع 5% كما يتضمن ضرورة تحويل إجمالي الإقتطاعات إلى كفالة ضمان. مع ضرورة الإشارة إلى أن هذه الكفالة (كفالة حسن التنفيذ) يجب أن تحول عند التسليم المؤقت إلى كفالة ضمان وتحدد مدة هذه الأخيرة حسب دفتر الشروط بحيث يتم تحرير كفالة الضمان للمتعاقل المتعاقد خلال الشهر الموالي لإنهاء فترة الضمان. وتحذر الإشارة إلى الصفقة ذات الفترة أقل من ثلاث (03) أشهر يمكن أن لا تحتوى كفالة من هذا النوع.

- عيوب الإنجاز: في الغالب عيوب الإنجاز يتحملها المتعامل المتعاقد في حالة ظهورها.
- الفوائد على التأخير: بحث يتم تطبيق مبلغ أو قاعدة معينة حسب شروط الصفقة؛
- الإستلام النهائي: عند نهاية فترة الضمان والتي يعلن عنها كتابيا وبدون تحفظات من قبل المصلحة المتعاقدة؛
- عقوبة التأخير في تسليم المشروع:

مبلغ العقوبة عن كل يوم تأخير =	مبلغ الصفقة والملحقات
	7 * أجل تنفيذ الصفقة والملحقات

- لا يمكن أن يتجاوز مبلغ العقوبة 10% من مبلغ الصفقة.
 - المراجع: يتضمن هذا البند ذكر كل المراجع المعتمد عليها في موضوع الصفقة؛
 - التأكد من تاريخ إمضاءات وتأشيرات كلّ الأطراف ذات الصلة بالصفقة وهم (المتعامل المتعاقد، ومكتب الدراسات، والمصلحة المتعاقدة)؛
 - الملحقات: وتتعلق أساسا بملحق مراجعة الأسعار، ملحق التحيين، دفاتر التعليمات التقنية، جدول الأسعار الوحدوية، الكشف الكمي والتقدير.
 - يجب أن تتضمن آخر صفحة للصفقة تأشيرة لجنة الصفقات العمومية.
3. رقابة المحاسب العمومي أثناء تنفيذ الصفقة العمومية: يجب على المحاسب العمومي التأكد في كلّ مرحلة تسديد للنفقة العمومية من خلال التصفية القانونية والحسابية وذلك طول فترة تنفيذ الصفقة عند تقديم كل وضعية أشغال، بحيث يتضمن الوضعية المقدمة الوثائق التالية:

- كشف الكميات المنجزة ومدى مطابقتها مع كميات الصفقة أي يجب على المحاسب العمومي التأكد منها كميا وحسابيا (المبالغ)؛
- الوثيقة المحاسبية: تتضمن هذه الوثيقة كل بيانات الفاتورة مثل الإسم، العنوان، الرقم الإحصائي والجباي، رقم العملية والحصّة، وتضمن هذه الوثيقة نفس إجمالي المبلغ الموجود في الكشف سالف الذكر؛
- يتأكد المحاسب عند كل عملية دفع وجود التأشير أو المصادقات والإمضاءات اللازمة مثل مكتب الدراسات، المتعامل المتعاقد، المصلحة المتعاقدة؛
- يتأكد المحاسب العمومي صحة حساب الإقتطاعات مثل إقتطاعات التسبيقات؛
- يتأكد المحاسب العمومي من صحة المبلغ المحول للمتعاقد (المستفيد) وكذا الحساب البنكي والبنك محل الوفاء الذي يجب أن يكون نفسه المتضمن موضوع الصفقة؛
- يتأكد المحاسب العمومي من حوالة الدفع وإشتمالها كل المعلومات الضرورية مثل مبلغ الحوالة بالأحرف والأرقام، رقم الحساب البنكي والبنك محل الوفاء، رقم الوضعية وطبيعة العملية، رقم العملية، السنة، إمضاء وختم الأمر بالصرف وصفته، رقم الحوالة...إلخ. ومطابقة كل المعلومات وموضوع الصفقة والوثائق المرفقة وفي حالة أي تعارض أو إختلاف يتم رفض التسديد إلى حين القيام بالتصحيحات أو تقديم التبريرات اللازمة؛
- يتأكد المحاسب العمومي من ختم تأدية الخدمة ومبلغ الوضعية بالأحرف على ظهر الكشف المحاسبي والذي يتضمن ختم وإمضاء الأمر بالصرف؛
- يجب أن تكون المبالغ الإجمالية مقفلة بالأرقام والأحرف بحيث يتأكد المحاسب العمومي من التطابق التام بينها في مختلف الوثائق المرفقة المقدمة؛

- كما يتأكد المحاسب العمومية من كفاية الأرصدة قبل أي عملية دفع وهذا بهدف عدم تجاوز الأرصدة المخصصة لكل مشروع أو عملية.
4. أهم المشاكل ذات الصلة بتنفيذ الصفقات العمومية: سنحاول الإشارة إلى بعض المشاكل العملية التي تواجه المحاسب العمومي أثناء تنفيذ الصفقات العمومية ويمكن تلخيصها في الجدول التالي:

الحالة	الإشكال	الإقتراح
المادة 106: لا يخضع الملحق في مفهوم المادة 103 أعلاه إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق، لا يتجاوز زيادة أو نقصان النسب التالية: -20% من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة للصفقات التي هي من إختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات؛ -عشرة 10% من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة للصفقات التي هي من إختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات؛	عدم وجود حد أعلى للجنة الصفقات العمومية أي أنه قد يتجاوز الملحق نسبة 200% وهذا ما يتنافى مع المادة 103 والتي تنص على ضرورة عدم تأثير الملحق على توازن الصفقة. كما يوجد فراغ فيما يخص حساب نسبة الزيادة أو النقصان "20%" فيما يخص الملحق هل يتم حسابها على أساس: - ملحق المبالغ المخصصة؛ - ملحق خارج إطار الصفقة؛ - ملحق في إطار الصفقة.	إقتراح ضرورة تحديد سقف مبلغ الملاحق خاصة في حالة الملاحق الرامية إلى الرفع من مبلغ الصفقة أو تخفيضها وكذا أساس الحساب كما هو مبين ضمن إطار الإشكال.
في حالة وجود نزاع بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد يؤدي إلى فسخ العقد مع وجود أعمال إضافية تستلزم ملحق للصفقة وإنهاء آجال الإنجاز.	تنص المادة 105 لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة إلا في حدود آجال التنفيذ. كما أنا الملحق خارج الأجل هو ملحق غلق للعملية.	إقتراح ضرورة إضافة بند لمثل هذه الحالات.
المادة 11 تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام	الدراسات التقنية للمشاريع غير كاملة ومعقدة مما يستدعي إعادة النظر في كل مرة في المبالغ المخصصة لها.	ضرورة تحميل كاتب الدراسات مسؤولية الدراسة الأولية وكذا متابعة الالتزام

صفقة.	بالإنجاز الفعلي وفقا للمعايير المتفق عليها. مع إقتراح تعديل المادة 11 تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة مسبقا قبل تسجيل العمليات وإعداد دفاتر الشروط بحث يجب أن تتضمن هذه الأخيرة جميع الحصص والتي تكون محل إعلان.
-------	---

خلاصة:

من خلال هذه الورقة البحثية نستنتج أنّ للخزينة العمومية دورا رقابيا فعالا في تنفيذ الصفقات العمومية بإعتبار أنّ هذه الأخيرة تشكل الحلقة الأخيرة من تنفيذ الصفقات العمومية من جهة، والمسؤولية المالية للمحاسب العمومي من جهة أخرى والتي تفرض عليه إعادة النظر في أمر تسديد النفقة العمومية من خلال التصفية القانونية وذلك بالتأكد من إحترام القوانين والأنظمة سارية المفعول وكذا التصفية المحاسبية من خلال التأكد من الحساب الصحيح والدقيق لمبلغ النفقة العمومية وصحته وطابعه الإبرائي لزمة الدولة.

أهمّ النتائج:

- تعتبر اللجنة الولائية للصفقات العمومية هيئة مهمة للرقابة على الصفقات العمومية ذات الطابع المحلي (الولائية)؛

- للخزينة العمومية دور فعال في تنفيذ النفقات العمومية بشكل عام وعلى وجه الخصوص منها نفقات الإستثمار؛
- تأخذ رقابة الصفقات العمومية على مستوى الخزينة العمومية الحصة الأكبر وتتمثل في رقابة قانونية ومحاسبية؛
- مسؤولية المحاسب العمومية لا تقتصر في المبالغ المدفوعة وإنما في مدى صحة القواعد القانونية التي يتم الدفع على أساسها؛
- هناك ضرورة لزيادة دور المراقب المالي خاصة أثناء تنفيذ الصفقات العمومية.

الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) فيصل نصيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الخامس، ص 110.
- (2) الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون الصفقات العمومية، سنة 2013، المادة 04، ص 05.
- (3) الجريدة الرسمية، مرسوم رئاسي رقم: 12- 23 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المادة 02، ص 04.
- (4) الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، قانون الصفقات العمومية، مرجع سبق ذكره، المادة 13، ص 09.
- (5) الجريدة الرسمية، مرسوم رئاسي رقم: 10- 236 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 07 أكتوبر سنة 2010، الجزائر، العدد 58، المادة 02، ص 04.
- (6) المرجع نفسه، المادة 120، ص 26.
- (7) الجريدة الرسمية، مرسوم رئاسي رقم: 12- 23، مرجع سبق ذكره، المادة 14، ص 19.
- (8) الجريدة الرسمية، مرسوم رئاسي رقم: 10- 236، مرجع سبق ذكره، المادة 122، ص 26.
- (9) الجريدة الرسمية، مرسوم رئاسي رقم: 08- 338 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المادة 19، ص 10.
- (10) الجريدة الرسمية، مرسوم رئاسي رقم: 08- 338، مرجع سبق ذكره، المادة 21، ص 11.
- (11) الجريدة الرسمية، مرسوم رئاسي رقم: 10- 236، مرجع سبق ذكره، المادة 126، ص 27.
- (12) الجريدة الرسمية، مرسوم رئاسي رقم: 10- 236، مرجع سبق ذكره، المادة 127، ص 27.
- (13) الجريدة الرسمية، مرسوم رئاسي رقم: 10- 236، مرجع سبق ذكره، المادة 127، ص 27.
- (14) الجريدة الرسمية، مرسوم رئاسي رقم: 12- 23 مرجع سبق ذكره، المادة 12، ص 15.

حوكمة الصفقات العمومية في الجزائر: الواقع، التحديات والأجوبة في مواجهة الفساد

أ. خلاطو فريد

جامعة قسنطينة (02)

مقدمة

إنّ موضوع الفساد يحتل مكانة مهمة للغاية لأنّه يتعلق بصفة ضيقة بتحديات سياسية اقتصادية، اجتماعية، أخلاقية، ثقافية وإعلامية، ويتعلق هذا البحث بموضوع مهم ومعقد؛ مهم لأنّ الصفقات العمومية هي أداة أساسية من خلالها تقوم الدولة بوضع سياساتها كما يشكل وسيلة لعقلنة تكاليف التسيير العمومي ومنفذا هامها للقطاع العمومي والخاص وبالتالي محورا أساسيا من محاور النمو، معقد لأنّه معرض للفساد الذي يعتبر ظاهرة مضرّة إذ يمثّل منبعاً كامناً لتدهور الميزانيات العمومية، حيث يؤثر على كمية ونوعية الأشغال والخدمات والسلع المقدمة للمجموعة العمومية. إنّ هذا البحث هو محاولة لإيجاد موقع للوقاية من الفساد في سياق منظومي من جهة، ومحاولة إيجاد بعض الأخطار وبعض الثغرات ذات الطبيعة الإفسادية أو المعرّقة في نظام الصفقات العمومية في الجزائر.

يعدّ البحث في الصفقات العمومية من البحوث الصعبة والمعقدة ويرجع ذلك أساسا إلى تعدد الاختصاصات الداخلة فيه، وكذلك تعقيد وغموض وعدم تجانس أو تعارض الكثير من النصوص القانونية التي تحكم هذا الميدان، هذا فضلا عن وجود ذاتية متعلقة بالتوفيق ما بين الشرعية القانونية والعقلانية الاقتصادية، إنّ المبدأ الأساسي في الصفقات العمومية هو التنافس التلقائي والعادل كما أن تحديد القواعد شرط للشفافية وتطبيقها من دون تحايل يؤدي إلى اقتصاد في الوقت والمال وانخفاض عدد المنازعات، وهذا يعني تسيرا عمومياً فعالاً، حوكمة جيدة وفساداً أقلّ.

في الجزائر توجد وضعية متناقضة، فمن جهة نجد أنّ الطلب العمومي مسير ومراقب بواسطة إجراءات متنوعة وعديدة ومعقدة، ومن جهة أخرى نلاحظ أنّ الفساد مستشر فيها، إنّ السياسة الرديئة لها حدودها، والأهمية لا بد أن تعطى لسياسة وقائية تمكن من إيجاد مختلف أخطار الفساد، إنّ أهمية الرهانات المتعلقة بالصفقات العمومية تفسر كثافة وحركة القوانين التي تحكمها، وعليه؛ فقانون الصفقات العمومية الجزائري ألغى وعدّل عدة مرات وتعرض أيضا إلى تأجيل التطبيق لأسباب تتعلق أساسا بأخطار انسداد وتعقيد القواعد وبعض التناقضات وحالات استحالة العمل ببعض مواده.

إنّ ضعف الرغبة والإرادة السياسية لاتخاذ الإجراءات اللازمة التي تفرضها عملية الوقاية من الفساد تمثل مشكلا محوريا، توجد عراقيل ذات طبيعة تقنية اقتصادية سياسية ثقافية ومؤسسية تقف أمام فعالية تدابير الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية، إنّ الفساد في الصفقات العمومية مسألة معقدة لا يوجد لها دواء ولا حل وحيد؛ الحل الجذري لابد أن يكون شاملا ومنظوميا عن طريق التأثير على نوعية الحوكمة، على الأخلاق وعلى استعمال جديد للريع، إن توفر قيادة رشيدة ذات كفاءة عالية ومخلصة ومتخلقة بإمكانها أن تنال ثقة وارتياح المواطنين ضروري من أجل تحقيق هذه الأهداف.

الإشكالية:

ما هي التدابير الممكن اتخاذها من أجل تأطير أحسن للطلب العمومي، وتطوير إستراتيجية للوقاية من أخطار الفساد في الصفقات العمومية بدون إحداث شلل في نشاط الإدارة العمومية.

الفرضية الأساسية

إنّ الوقاية من الفساد في الصفقات العمومية لا يمكن أن تتم عن طريق مضاعفة الإجراءات الكابحة للمبادرة ولكن عن طريق إستراتيجية منظومية وقائية لأخطار الفساد تسمح بإعداد أنظمة للإنذار وترقية شفافية القرارات وفعالية الرقابات، إنّ التغيير يكمن في الوقاية في إطار تهذيب الأخلاق والتصرفات وإقحام المواطنين ليؤدوا دورهم وغرس

ثقافة بغض الفساد في نفوسهم مع ضرورة وجود إرادة سياسية حقيقية مدعمة بوسائل.

وللتمكن من موضوع الفساد في الصفقات العمومية لا بد من التحليق فوق الظاهرة للحصول على نظرة شاملة ومنظومية، هذه هي الطريقة المثلى التي ينبغي اتباعها لتفادي الوقوع في غياهب التفاصيل ولكن ليس كلّ التفاصيل لأنّه يوجد في الخلطة تفصيل مجهرى يجد توازن النظام برمته والذي يحتاج إستخراجه الى التدبر والتفكر، وإنّ المقاربة المنظومية تسمح بالإجابة على السؤال المتعلق بالكيفية على عكس المقاربة الديكارتية التي تهتم بالأسباب، إنّ دراسة الفساد وفقا للمنهج المنظومي يسمح بفك شفرات التعقيد المنظم في ثقله والكل المتجانس في تحولاته ويهدف إلى التحكم في الديناميكيات الوظيفية والتفاعلية قصد إعداد برامج فعالة للوقاية والتغيير، إنّ المقاربة المنظومية تحاول تبسيط المسائل المعقدة ولا يعي التبسيط تجريد الظاهرة من جوهرها بل بالعكس إنّ ذلك يسمح بكشف جوانبها المفصلية والخرجة ليتم التفرغ للمعنى والمآل، إنّ بساطة السؤال تعكس بشكل عميق تعقيد الموضوع، ويعترف الباحث بتردده وريبه المتعلق باستعمال استبيان لتقييم نظام الصفقات العمومية في الجزائر بثغراته وأخطار الفساد الكامنة فيه، حقيقة أنّه لا يمكن تجاهل القيمة النفيسة للإحصاء غير أنّه يستعمل أحيانا كأداة بشكل سيء لإبهار القارئ، ثم إنّ الرغبة في إقحام هذه الأداة في دراسة ظاهرة معقدة وسرية تستعمل الإخفاء، الذكاء، الخبث وحتى الوضاعة والرديلة التي لا يمكن لاستبيان بسيط أن يفصح عنها، قد تجعل الدراسة تبسيطية شكلية وهامشية.

- فيما يخص تعريف الفساد ومحدودية المقاربة القانونية

إنّ الفساد له مفهوم مشترك من الصعوبة بمكان الإحاطة به، فهو متعدد الاختصاصات وظاهرة بأبعاد مختلفة حسب الثقافات. إنّ طبيعته المخفية والسرية تجعل منه صعب الفهم. إنّ مفهوم الفساد معقد وإجراء تصنيف له يعد عملا شاقا، إنه بتعبير (TANZI)⁽¹⁾ استحوذ على

جهود العلماء فهو كالفيل من السهولة معرفته عند رؤيته ولكن من الصعوبة وصفه لمن لم يره من قبل. وعليه؛ طبيعة الفساد تطرح مسألة في غاية الأهمية، فهل يمكن اعتباره مشكلا اقتصاديا أو سياسيا أو اجتماعيا أو ثقافيا أم أنّه مشكل أخلاقي.

وقد عرّف المشرع الجزائري الفساد⁽²⁾ على أنّه كلّ الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من القانون رقم: 06-01 كالرشوة والامتيازات غير المبررة في الصفقات العمومية والاختلاس والغدر واستغلال النفوذ والإثراء غير المشروع وتلقي الهدايا وتبييض العائدات الإجرامية وتهريب الشهود والبلاغ الكيدي وعدم التبليغ عن الجرائم المتعلقة بالفساد وغيرها، وهي في أغلبها ميادين مطاطية من الصعوبة بما كان إقحام المسؤوليات فيها خصوصا ما تعلق منها باستغلال النفوذ وتلقي الهدايا والإثراء غير المشروع وبعضها خطير على الموظفين العموميين النزهاء كمسألة التبليغ عن الجرائم في ظلّ أنظمة معلومات عمومية ضعيفة مميعة للمسؤوليات يصعب في ظلّها معرفة من هو من، ومن فعل ماذا.

وبالإضافة إلى الإشكاليات التي قد يثيرها تعريف الفساد من الناحية القانونية فإنّ الخروج عنه يقودنا إلى عدة إشكاليات منهجية تتعلق بتعريف الفساد خارج الحقل القانوني ويرجع هذا حسب (CARTIER-BRESSON)⁽³⁾ إلى اختلاف ما يمكن أن يصنف كفساد حسب الحقبات التاريخية وأيضا حسب البون الموجود في أنظمة الحكم وإلى قصور التعريف القانوني وعدم تغطيته لجميع الممارسات المنحرفة، وتتبع محدودية المقاربة القانونية حسب (CARTIER-BRESSON)⁽⁴⁾ من عدم توافق قوانين محاربة الفساد مع تطور الممارسات المنحرفة والفاصلة وعدم خضوعها للعقاب نتيجة عدم تواجدها على مستوى القوانين الرادعة واختلاف الآراء بشأن إدخالها من عدمه وارتباط ذلك بتعطّل إخضاع هذه الممارسات للعقاب ما دامت السلطات المعنية لم تتخذ أي قرار بشأنها مما يزيد من احتمال لجوء أنظمة الفساد إليها، من جهة أخرى يرى (SCOTT)⁽⁵⁾ مشارا إليه عند (CARTIER-BRESSON)⁽⁶⁾ أنّ هناك فرقا

بين ما هو قانوني وأخلاقي، ذلك أنه توجد ممارسات غير قانونية ولكنها أخلاقية وأخرى قانونية ولكنها غير أخلاقية، كما تتبع محدودية المقاربة القانونية من حيث عدم تفريقها بين الفساد الإداري والفساد السياسي بمعنى أنها لا تهتم بمآل واستعمال مبالغ الفساد، وتوجد محدودية أخرى أهم بكثير من الحدوديات السابقة وهي مرتبطة بكون المقاربة القانونية لا تأخذ بعين الاعتبار الكثير من حالات الفساد التي لا تتم وفقا للآليات الكلاسيكية بل تتخذ أشكال مرتبطة بتبادل خدمات متعددة القطاعات والأشكال تتسم بالقبول والذوبان والتضامن والحماية داخل النسيج الاجتماعي أو أشكالا أخرى مرتبطة بفساد منظومي غير مأخوذ بعين الاعتبار في إطار المقاربة القانونية كتوجيه الأموال العامة نحو فصول في الميزانية العامة للدولة جذابة لأنظمة الفساد أو تحويل السياسات العمومية والقرارات الحكومية لخدمة جهة معينة أو فرد معين داخل المجتمع.

إنّ صندوق النقد الدولي والبنك العالمي أصبح لهما وعي بضرورة الوقاية من الفساد لأنّه سبب فشل برامج التصحيح الهيكلي وسياسات التنمية الاقتصادية، كما أنّ الأمم المتحدة أصدرت اتفاقية تم اعتمادها من قبل جمعيتها العامة بتاريخ: 2003/10/31 صادقت عليها الجزائر بتحفظ وبسرعة بعد 05 أشهر فقط من إقرارها⁽⁷⁾ مع العلم أنّ التحفظ يقتضي التريث والترقب.

- الفساد هو نتيجة لسوء الحوكمة

وتتمثل خصوصية هذه المقاربة في اعتبار الفساد من بين أعراض سوء الحوكمة، وقد عرف البنك العالمي الحوكمة من خلال أعمال الباحثين (KAFMANN, KRAAY, ZOIDON-LEBATON : KKZ)⁽⁸⁾ على أنّها كفاءات ممارسة السلطة، وتتمثل الحوكمة السياسية في العملية التي من خلالها تعين الحكومة وتراقب وتغير، وتشمل الحريات المدنية والسياسية والاستقرار السياسي وغياب العنف، أمّا الحوكمة الاقتصادية فهي العملية التي من خلالها يكون من مقدور الحاكمين صياغة وتنفيذ

سياسات عمومية مناسبة وتتضمن فعالية الحكومة ونوعية النصوص القانونية والتنظيمية، في حين أنّ الحوكمة المؤسساتية هي الاحترام الذي يوليه الحكام والمحكومون للهيئات التي تحكم العلاقات فيما بينهم وتتضمن قواعد القانون والرقابة على الفساد، ويؤكد باحثو البنك العالمي المذكورون أعلاه وفقا لما استشهد به (CARTIER-BRESSON)⁽⁹⁾ أنّ الفساد من أعراض سوء الحوكمة أو بمعنى آخر عدم إحترافية الدولة في بلوغ أهدافها وأنّه لا يمكن تقليص شدته إلّا من خلال القيام بإصلاحات متعددة الأبعاد.

- الفساد في الجزائر مسألة نسبية

إنّ الفساد في الجزائر موجود منذ الاستقلال وقد أصبح ذا طبيعة اجتياحية خصوصا بعد الانتقال إلى اقتصاد السوق، كما فتحت برامج الانعاش الاقتصادي التي توالى منذ 1999 ثغرات حقيقية لصالحه، إنّ إصدار قانون للوقاية من الفساد في 2006 لم يكن له أي أثر ذو دلالة معنوية من حيث إنقاص فرص الفساد، والجزائر مستمرة في الحصول على نقاط سيئة من قبل الهيئات المكلفة بقياس الفساد وتقييم مناخ الاستثمار، لكن لا بد من التنبيه أن هذه النقاط محسوبة على أساس مصادر للمعلومات تتشكل من وسائل الاعلام بصفة أساسية والتي كثيرا ما تلجأ إلى تضخيم أرقام الفساد لأغراض تجارية، من جهة أخرى نجدها تقوم بنشر ملفات فساد دون التأكد من صحة الوقائع ودون أن تأخذ التحقيقات مجراها ويمكن أن تتم عملية التأكد من ظاهرة التضخيم من خلال مقارنة بسيطة بين عدد القضايا المثارة على مستوى الصحف انطلاقا من التحقيقات الابتدائية لأعوان الضبطية القضائية، وبين عددها على مستوى المحاكم من خلال الإحالات التي تقوم بها غرف الاتهام ثم مع عددها المرتبط بأحكام نهائية، ومن الخطأ ربط عدد القضايا المحكوم فيها بصفة نهائية بشدة ظاهرة الفساد ذلك أنّ مدلولية العدد الكبير للقضايا لا تشير بالضرورة إلى استشراف الفساد بقدر ما قد تشير إلى صرامة القوانين وأجهزة الوقاية والقمع بالشكل الذي يجعل من

احتمال حدوث فساد بدون عقاب أمرا قليل الاحتمال، كما أنّ العدد القليل للقضايا قد لا يعكس عدم استشراف الفساد خصوصا إذا كانت أنظمة الوقاية والقمع ضعيفة مما يجعل احتمال المسك والعقاب ضعيفا، وقد تكون قضايا الفساد المحكوم فيها بصفة نهائية في الدول المتخلفة قربانا تقدمه السلطات العمومية للمجتمع لكي تبين أنّها تحارب الفساد. إن دراسة هذا القربان من الناحية النوعية قد يجعلنا نستنتج أنّ أغلبية هذه القضايا هي عبارة عن قضايا ناجمة عن تصفية حسابات أو أنها عبارة عن قضايا فساد عديمة الأهمية من حيث مبلغها وأثرها الاقتصادي والاجتماعي، وهذا النوع من القضايا يستعمل لتعزيز الإحصائيات للبرهنة أنّ الحوكمة على مستوى الدولة جيدة حتى تنال استحسان الدول المانحة أو الدول الوصية، وغالبا ما يكون العامل المحرك لقضايا الفساد في الجزائر رسائل تبليغ مجهولة ترسل بشكل عشوائي إلى أجهزة مختلفة مما يجعل عملية استغلالها أمرا مستحيلا هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ هذه الرسائل وإن كانت مهمة فقد تكون عبارة عن رسائل انتقامية لا تستند إلى أي دليل مادي، بعض قضايا الفساد المعالجة على مستوى المحاكم والتي كانت إشارة انطلاقها رسائل تبليغ مجهولة حكم فيها بالبراءة للمتهمين بعد إجراء عدة خبرات، أي بعد تكبد الدولة مصاريف هائلة ومعاونة المتهمين النفسية والمالية خاصة وأنّ هذه القضايا عادة ما تتعدى عملية معالجتها 10 سنوات، وغالبا ما يكون ضحايا هذه الرسائل خمسينيون على باب التقاعد أفنوا عمرهم في خدمة هيئاتهم وضنوا أنّهم بعد تقاعدهم سيكرمون أحسن تكريم ويخلدون إلى الراحة النفسية والجسدية.

-فيما يخص تعريف الصفقات العمومية وإشكالية الإذعان وعلاقته بالفساد - إنّ الصفقات العمومية عقود مكتوبة تبرم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصالح العمومية المتعاقدة طبقا للمرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في: 2010/10/7 المعدل والمتمم، يعتبر العقد نوعا من الاتفاقيات فهو منشأ للالتزامات وفقا

للقانون المدني الجزائري، غير أنّ العقد العمومي يختلف عن العقد الخاص في عدة مسائل جوهرية أهمها على الإطلاق أن العقد العمومي عقد إذعان تقوم الإدارة فيه بإملاء شروطها بشكل أحادي الجانب وهذا يعني أن الرضا قد يكون من طرف واحد، ويرجع ذلك وفقا لمنطق المشرع الجزائري إلى البحث عن ترشيد سليم وعقلاني للصفقات العمومية وإلى أولوية المصلحة العامة، ويشير (VIAU)⁽¹⁰⁾ إلى الإذعان وأثره السلي على علاقات النزاهة والثقة والالتزام والحوار وهي الصفات يعني عدم وجودها تشجيعا للفساد ذلك أنّ الإذعان مرادف للاستبداد والخطورة وهو من شأنه إلباس المصالح المتعاقدة ثوب الأمير المستعلي عن طريق الشروط القاهرة غير المتوازنة والمتعاملين المتعاقدين حلة صاحب الثأر المنتقم عن طريق الفوترة الزائدة والتلاعب بالكمية والنوعية والأجال.

- خطورة تسيير الصفقات العمومية

خلال سنة 2005 تم توقيف 1174 منتخب في قضايا فساد لها علاقة بالصفقات العمومية منهم 612 رئيس بلدية⁽¹¹⁾، غالبا ما لا يتم الحديث في هذه القضايا عن سوء تنفيذ أو عدم تنفيذ الصفقات العمومية، بل يتم استعمال صيغ تتمحور حول الشروط التي من خلالها تم منح هذه الصفقات، وعليه فإنّ عدم احترام القانون أثناء المنح أو بعد المنح هو المتناول بصفة عامة، وهو الذي يشكل الطابع الجنائي أو العقابي⁽¹²⁾، وهذا في حد ذاته يعد مشكلا بالنسبة للمسيرين، يجعلهم إما يخافون من تحمل المسؤولية ويتهربون منها فتكون بذلك وظيفة تسيير الصفقات العمومية غير جذابة بالنسبة لهم، في حين أنّها قد تكون جذابة بالنسبة لمسيرين فاسدين باعتبار أنّ درجة المخاطرة تغطي بالربحية المحتملة من الوظيفة، من جهة أخرى فإنّ المسيرين النزهاء يتجنبون تحمل المسؤولية، وهذا راجع إلى أنّ إيجاد حلول للمشاكل العالقة تقتضي في الكثير من الأحيان إيجاد حلول سريعة بالاعتماد على التفكير وحرية المبادرة التي قد تصطدم مع الإجراءات "المقدسة" لقانون الصفقات العمومية، فيجد بذلك المسيرون النزهاء أنفسهم إما متورطين في قضايا جنائية مرتبطة

بعدم احترام قانون الصفقات العمومية أو متهمين بالفشل والتراخي من قبل رؤسائهم إذا لم يجرؤوا على المبادرة، وفك حالات الاختناق التي قد تنجر عن التطبيق الصارم للإجراءات عندما يصبح تطبيق قانون الصفقات العمومية هدفا في حد ذاته، إنَّ عدم تطبيق بعض إجراءات الصفقات العمومية لا يعني بالضرورة وجود فساد، في حين أنَّ عدم التطبيق هذا قد يؤدي بالمسير إلى تحمل مسؤوليات جنائية.

- علاقة الصفقات العمومية بالسياسات الاقتصادية في الجزائر

قام المشرع الجزائري بتأطير الصفقات العمومية منذ السنوات الأولى للاستقلال بحزمة قانونية وإجرائية صارمة بحثا منه عن ضمان تسيير عقلاني للموارد العمومية، وتنفيذ أحسن للطلب العمومي، غير أنَّ النظام القانوني المتعلق بها تعرض للعديد من التقلبات، بعضها مبرر والبعض الآخر لا يمكن إيجاد مبرراته في الاختصاصات العلمية والموضوعية المعروفة، في كل مرة يتم فيها اعتماد مخطط اقتصادي كبير يتعرض قانون الصفقات العمومية إلى تغييرات، إنَّ ظهور الأمر رقم: 67-90⁽¹³⁾ وهو أول قانون للصفقات العمومية في الجزائر كان مرتبطاً بالمخططات التنموية التي عرفت الجزائر ابتداء من منتصف الستينات، كما أنَّ إصدار المرسوم رقم: 82-145⁽¹⁴⁾ ارتبط ببرنامج مكافحة الندرة وإعادة الهيكلة الاقتصادية، في حين تعلق المرسوم التنفيذي رقم: 91-434⁽¹⁵⁾ بالإصلاحات الاقتصادية التي عرفت الجزائر في بداية التسعينات، بالمثل أيضا فإنَّ المرسوم الرئاسي رقم: 02-250⁽¹⁶⁾ كان متناغما مع برنامج الانعاش الاقتصادي كما أنَّ المرسوم الرئاسي رقم: 10-236⁽¹⁷⁾ تمَّ إعداده خصيصا بهدف تأطير البرنامج المكمل لدعم الانعاش الاقتصادي 2010 - 2014، والذي خصص له مبلغ 286 مليار دولار⁽¹⁸⁾.

- عدم استقرار النظام القانوني للصفقات العمومية وعلاقته بالفساد وسوء الفعالية

نبدأ بمسألة في غاية الأهمية متعلقة بالتطور التاريخي لقانون الصفقات العمومية، وهي متعلقة بالتغير في نوعية النظام الذي يحكم

هذا الميدان، حيث إنّه بالإمكان أن نلاحظ أنّ الصفقات العمومية تنتمي تارة إلى التشريع وتارة أخرى إلى التنظيم، فمن أمر إلى مرسوم فألى مرسوم رئاسي تنوعت الأصول القانونية لنصوصها، إنّ هذا التغيير في نوعية النظام القانوني الذي يحكم الصفقات العمومية له مدلولات عميقة متعلقة بالصراعات المرتبطة بالتحكم في هكذا ميدان، قد نجد من يبرر اللجوء إلى التشريع في عدم تعريض قانون الصفقات العمومية إلى عبث السلطة التنفيذية التي قد تتدخل في حالة ما أوكلت الصفقات العمومية إلى التنظيم لتغير قوانين اللعبة في كل مرة خدمة لمصالح دقيقة في ميكانيزمات فاسدة حتى وإن تحجبت في كل مرة بالصالح العامة، وعليه فإنّ التشريع قد يبرر ويختار كعامل ثبات وثقة للمتعاملين على المستوى الوطني، ولكن أيضا على المستوى الدولي، لأنّه لا يمكن أن نتنظر من المؤسسات الأجنبية أن تطمئن إلى نظام صفقات عمومية واقع تحت رحمة التنظيم، وقد يبرر اللجوء إلى التنظيم لمرورته في الاستجابة للتغيرات التي قد تطرأ على المحيط الداخلي والخارجي للصفقات العمومية، هذه الصفة التي لا يملكها التشريع نظرا لثقله وتعلقه الشديد بالجوانب الشكلية، بين هذا وذاك ندخل في فلسفة عميقة قد تقودنا إلى النوايا والجوانب المعنوية والأخلاق وإلى الرجال الذين يمثلونها أو إلى الرجال الذين قد يستغلون المرونة من أجل الوصول إلى مآربهم أو يستعملون صلابة التشريع من أجل الضغط على المتعاملين الاقتصاديين لإقحامهم في ميكانيزمات فاسدة بدونها لن ترس عليهم أية صفقة.

في كلّ مرة يصدر قانون جديد في الجزائر تحدث تغيرات بعضها جذرية والأخرى سطحية، من بين التغيرات المهمة التي طرأت على قانون الصفقات العمومية تلك التي لها علاقة بالهيئات التي يطبق عليها، إنّ إدخال هيئة في حقل التطبيق من شأنه إحداث أثر كبير في منظومتها وهذا راجع أساسا إلى إخضاعها إلى إجراءات معقدة وكابحة للمبادرة والخلق والإبداع وإيجاد الحلول لمواطن الاختناق المتعلقة بالتسيير واقتناص،

فالفعالية الاقتصادية هي سبب وجيه لعدم إخضاع بعض المؤسسات العمومية التي تهدف إلى الربح إلى قانون الصفقات العمومية، لكن التحجج بالفعالية الاقتصادية قد يكون سببا يدفعه بعض المسيرين الذين لا تهمهم الفعالية الاقتصادية بقدر ما تهمهم فرص الفساد التي تتاح لهم من جراء عدم إدخال مؤسساتهم في حقل التطبيق، الواضح أيضا أنّ المسيرين الذين لا تخضع مؤسساتهم إلى قانون الصفقات العمومية سيجدون الباب مفتوحا والجال واسعا أمام جميع التلاعبات.

عندما صدر الأمر رقم: 67-90 المشار إليه سابقا لم تكن المؤسسات العمومية الاقتصادية تدخل في حقل التطبيق، ولكن المشرع بعد ذلك أراد أن يدخل هذه المؤسسات تحت مضلة قانون الصفقات العمومية من باب تطبيق الأمر رقم: 71-74⁽¹⁹⁾ المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، وقد تمّ ذلك بموجب الأمر رقم: 74-09⁽²⁰⁾ واستمرت التعديلات في التهاطل حيث تمّ إحصاء على الأقل سبعة (07) تعديلات⁽²¹⁾ ما بين 1967 و 1976 بدون حساب التصحيحات وبدون حساب المراسيم التطبيقية المتعلقة بهذه التعديلات، وقد تكون أكثر من ذلك وهذا راجع إلى ضعف النظام التوثيقي للجريدة الرسمية فيما يخص النصوص القديمة، كما أنّ إيجاد عدد التعديلات بشكل حصري يتطلب جهدا مضنيا، وهو لا يفيد كرقم بقدر إفادته فيما يخص كثرة التعديلات التي تعرض لها النص الأصلي ومدلولاته عن الاضطراب التشريعي والتنظيمي الذي كانت تتسم به هذه الفترة، وتمّ إلغاء أغلبية مواد الأمر رقم: 67-90 بموجب المرسوم رقم: 82-145 وهو ما يعد خرقا لمبدأ توازي الأشكال، باعتبار أنّ هذا النص الجديد له طابع تنظيمي، وتمّ تسجيل عدة نقاط جوهرية تمّ إدخالها بالنظر للنص القديم، وكان أهمها على الإطلاق تطبيق نص الصفقات العمومية وفقا للمعيار العضوي، والمعيار المادي، وإدخال الرقابة الداخلية ولا مركزية الرقابة الخارجية، وإضفاء نوع من المرونة فيما يخص طرق الإبرام، وشيء من الأطناب فيما يخص الإجراءات التعاقدية وتمت المحافظة على إخضاع الشركات الوطنية لقانون الصفقات

العمومية، وقد تعرضت الجزائر لهزات اقتصادية مع انخفاض سعر البترول سنة 1986 فاضطرت بذلك إلى إعادة النظر في سياستها العمومية، فتم إقصاء الشركات الوطنية من قائمة المؤسسات الخاضعة بموجب مرسوم⁽²²⁾ اتخذته السلطة التنفيذية، وكان هذا المرسوم استجابة سريعة لما أقرته الجزائر بداية سنة 1988 فيما عرف بقوانين استقلالية المؤسسات⁽²³⁾ لإخراج هذه المؤسسات العمومية من حقل القانون الإداري وإخضاعها للقانون التجاري والمدني، وهذا يعني إمكانية بيعها وهي الفكرة التي تم تعزيزها بموجب القانون الجديد لأحكام الدولة⁽²⁴⁾ والذي كرّس إمكانية بيع هذه المؤسسات، فبعدما كان من المستحيل بيع هذه المؤسسات أصبح بالإمكان التنازل عنها مع ما تحتويه هذه العملية من مخاطر فساد تتمثل أساسا في بيعها بالدينار الرمزي للاستفادة من عقاراتها واستثماراتها الصناعية بعدما كانت برامجها خاضعة لقانون الصفقات العمومية وبذلك تم إحداث بؤر فساد جديدة متعلقة بمنح الصفقات دون رقابة ماعدا رقابة وحيدة لحافظ حسابات يتم تعيينه داخليا وليس من هيئة خارجية مستقلة، وكل ما هو مرتبط بذلك من التعامل بالتراضي مع متعامل بعينه دون احترام قواعد المنافسة والعدل والشفافية وتحميل هذه المؤسسات العمومية فوترات زائدة في مقابل الحصول على خدمات وبيع وأشغال رديئة من ناحية النوعية، وعدم الحرص على المصلحة الوطنية من خلال عدم إدراج بنود خدمات ما بعد البيع من صيانة وتكوين، ومن خلال عدم إدراج بنود تتعلق بنقل التكنولوجيا على المدى المتوسط والطويل، إن هذا الطرد التعسفي الذي تعرضت له المؤسسات العمومية تم تكريسه فيما بعد في المرسوم التنفيذي رقم: 91-434 سواء فيما يخص المؤسسات العمومية الاقتصادية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وجاءت المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم: 02-250⁽²⁵⁾ الذي ألغى أنظمة الصفقات العمومية السابقة⁽²⁶⁾ وأقرت المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي

والتجاري عندما تكلف بإنجاز مشاريع استثمارات عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، وهي إضافة شديدة الإبهام، إبهام متعلق أساسا بهذه المساهمة النهائية، إذ وضعت هذه المؤسسات في حالة استنفار قصوى باعتبار أن جزءاً هاماً من إيراداتها منبعه مخصصات الدولة وإعاناتها، كما أنّ أنظمتها المحاسبية للمعلومات لا تفرق فيما يخص الخزينة بين أموالها الخاصة (وهي أموال عمومية) وبين الأموال العمومية المتأتية من الدعم، وهذا من شأنه تعطيل مشاريعها وعملياتها نتيجة لتزقّب المسيرين وخوفهم من الوقوع تحت طائلة العقاب بالنظر إلى الطابع الجنائي لقانون الصفقات العمومية، خصوصا وأنّ القضاة لا يفرقون بين العمليات الممولة انطلاقاً من الأموال الخاصة للمؤسسة، والعمليات الممولة انطلاقاً من إعانات حكومية بل يضعونها كلها في بوتقة واحدة، بوتقة المال العام وهم يعتبرون موظفيها أيضاً موظفين عموميين سواء خضعوا لقانون التوظيف العمومي أم لم يخضعوا له، كل هذا يخلق محيطاً مليئاً بالشك والتربص والحيلة، وهو الأمر الذي يشل أفكار ومبادرات المسيرين من أجل النهوض بقطاعاتهم ومؤسساتهم.

ولتدارك هذا اللبس جاء المرسوم الرئاسي رقم: 08-338⁽²⁷⁾، وأخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية إلى قانون الصفقات العمومية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً من ميزانية الدولة، لكن هذا اللبس بقي قابلاً في مكانه بل زادت الأمور لبساً على لبس بعد إقحام المؤسسات العمومية الاقتصادية في حقل التطبيق التي وجدت نفسها هي أيضاً حبيسة الإجراءات المعقدة والمثبطة كما وجد المسيرين أنفسهم في حالة شلل تام. أمّا المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 فقد أعاد ما قد تم إقراره على مستوى المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 فاختار بذلك نقل التدابير السابقة فيما يخص الهيئات الخاضعة لقانون الصفقات العمومية ولكنه أضاف فقرة شديدة اللبس والإبهام وفائقة الغياب عن السياق نصت على

أنه يتعين على المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية عندما لا تكون خاضعة لأحكام هذا المرسوم بموجب المطة الأخيرة من هذه المادة أن تعتمد وتصادق عليه على التوالي من طرف هيئاتها الاجتماعية ومجالسها الإدارية ماعدا في أحكامه المتعلقة بالرقابة الخارجية. كيف تم وضع صياغة كهذه في قانون رسمي للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية؟ قد نفهم رغبة المشرع في إخضاع هذه المؤسسات فيما يخص عملياتها جزئيا أو كليا انطلاقا من ميزانية الدولة إلى قانون الصفقات العمومية، ونفسرها بحرصه على المال العام، لكن الذي لا يفهم هو رغبة المشرع الجالحة في إخضاع جميع عمليات هذه المؤسسات يدون استثناء إلى قانون الصفقات العمومية، لأن ذلك من شأنه الإيقاع بها في تناقضات فيما يخص المنظومة القانونية التي تحكمها كالقانون التجاري والمدني، وهي في مجملها تنتمي إلى القانون العام وذلك وفقا لما ينص عليه الأمر رقم: 01-04⁽²⁸⁾.

من جهة أخرى فإن المرسوم رقم: 10-236 الذي له طابع تنظيمي وغير تشريعي قام بالتصادم مع قوانين ذات طبيعة تشريعية، وبالتالي قام بحرق مبدأ تدرج المقاييس ليجعل من العقود التي تبرمها هذه المؤسسات عقود إدارية، بالرغم من أن القوانين التي تحكمها تعتبرها عقودا خاصة، إن هذه البدعة القانونية التي أحدثها المرسوم رقم: 10-236 أخرج عنها تبعات وملابسات متعلقة بتفسير وضع العقود المبرمة ما بين مؤسستين عموميتين، أو بين مؤسسة عمومية ومؤسسة خاصة من ناحية تطبيق القانون العام أو القانون الخاص، ومن ناحية الجهة القضائية المخول لها الفصل في النزاعات التجارية التي قد تحصل بينها. من جهة أخرى فإن هذه البدعة قد يمكنها توريط مسيرين في قضايا جنائية نتيجة عدم التزامهم بإبرام عقود وفق مقتضيات قانون الصفقات العمومية في قضايا تجارية بحته لا تتعدى فيها التجاوزات الإجرائية خانة أخطار التسيير في المنظور التجاري، لكنها تتجاوزته إلى تهمة الفساد عندما يتعلق الأمر بتطبيق قانون الصفقات العمومية.

نقطة أخرى في غاية الأهمية وهي متعلقة بإجبار المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية عندما لا تكون خاضعة لأحكام المرسوم أن تعتمد وتصادق عليه من طرف هيئاتها الاجتماعية ومجالسها الإدارية، ماعدا ما تعلق في أحكامه بالمراقبة الخارجية، من تكون هذه الهيئات والمجالس حتى يُعطى لها حق المصادقة على نص قانوني صادر عن سلطة أعلى منها، وماذا لو لم ترق أحكام المرسوم لهذه الهيئات والمجالس، لأن المصادقة تعني احتمال عدم المصادقة، أما إذا كان المعنى هو المصادقة على نص متعلق بالصفقات العمومية يؤلف من قبل الجهات المعنية في المؤسسات العمومية وفقا لمنظور ما تراه متوافقا مع ظروفها ثم عرضه للمصادقة فهذا أمر ممكن، ولكنه يستر في طياته أخطارا متعلقة باللعب على الكلمات والصيغ خدمة للمصالح الدفينة الفاسدة، والتي من شأنها تحريف الأهداف العميقة للمرسوم، ولتوضيح المسألة جاء المرسوم الرئاسي رقم: 13- 03⁽²⁹⁾ لكنه لم يزد المادة الثانية المتعلقة بها إلا طولا على طول ولبسا على لبس، فمن مصطلح التكييف إلى الإخضاع إلى العبارة التي تجبرها على إعداد إجراءات الإبرام حسب خصوصيتها وفي إطار الإستفادة من الطلب والمساواة في التعامل والشفافية تمددت هذه المادة إلى أن تقطعت ووقعت في الغموض السحيق. -الوقاية عن طريق كشف بعض الآليات المنظومية للفساد في الصفقات العمومية

وفقا لتحليل (HERVET)⁽³⁰⁾ تقوم بعض المؤسسات على غرار مؤسسات الصناعة الصيدلانية، التي تستعمل المندوبين الطبيين لترقية منتوجاتها، بتقديم الهدايا والدعوات من أجل المشاركة في مؤتمرات ترفيهية سياحية مقنعة بغطاء علمي على أمل أن تدمج الخصائص الدقيقة لمنتوجاتها والتي تميزها عن باقي المنافسين في دفاتر الشروط، فتكون هذه المؤسسات مؤهلة مسبقا للحصول على الصفقات لأن باقي المؤسسات الأخرى لا تنتج منتوجات أو لا تقدم سلع بنفس المعايير، وغالبا ما يستبعد الآمرون بالصرف في هذه الحالة، ويتم التركيز على التقنيين

الذين يقومون بإعداد دفاتر الشروط الذين يستفيدون من هدايا ودعوات لحضور ملتقيات في أماكن جميلة وراقية عندما تقوم هذه المؤسسات بعملية ترقية منتوجاتها أو سلعها وعرض معاييرها وخصائصها، عندما يقوم هؤلاء التقنيون بإعداد دفاتر الشروط يقومون بإدخال هذه المعايير والخصائص بطريقة ذكية على مستوى دفاتر الشروط، مثل هذه الظاهرة نلاحظها أيضا في قطاع البناء أو التصريف حيث يتم اشتراط استعمال بلاط معين بمواصفات معينة لا تنتجها إلا هذه المؤسسات التي ستدخل في آلية الفساد، ويلعب ظهور تكنولوجيات جديدة دورا كبيرا في زيادة شدة وفعالية الفساد، فتحت غطاء التكنولوجيا يقوم المفسدون بإقناع أصحاب القرار في الإدارة العمومية بتحديث إدارتهم باستعمال برامج اعلام آلي جديدة والمراقبة عن طريق الفيديو، وهذه كلها تعني صفقات عمومية للدراسات والتجهيز والتمويل و البناء غالبا ما تكون المصلحة العامة في غنى عنها.

- الافصاح عن المعلومات و الشفافية كآلية للوقاية

على المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار عنصر الشفافية في قانون الصفقات العمومية، وفي القوانين الأخرى المتصلة به وفي تعديلاتها أيضا، على كل مادة قديمة أو معدلة أن تكون واضحة وأن لا تتحمل معان وتفسيرات عديدة لأنّ اللبس يؤدي إلى التعدي وإلى التصرفات الفاسدة التي تتم على حساب المال العام، وعليها أن تكون بسيطة لأنّ التعقيد يسمح بإيجاد الثغرات وعليها أن لا تكون متعارضة في المعنى أو في اللغة، من جهة أخرى يعد اللجوء إلى التراضي مضادا للشفافية التي تستوجب على المستوى الميداني البحث عن سبل جعل المعلومة تصل إلى الجميع في الوقت الحقيقي لتجنب تفوق منافس على حساب منافس آخر، بالنظر إلى توفره على المعلومة في فترة أقل، هذه المعلومات لا تتعلق بالصفة فحسب، ولكن لا بد أن تكون متوفرة قبل الإعلان عن الصفة وهو ما أوصت به منظمة التعاون والتنمية الإقتصادية⁽³¹⁾، وهي معلومات متعلقة بنشأة حاجة الإدارة العمومية إلى عقد صفقة

على المدى القصير، المتوسط أو الطويل. إن توفر المعلومة بكل شفافية للجميع سوف يمنع تفوق منافس على حساب منافس آخر، ذلك أنّ المتوفر على المعلومة قبل الجميع سيكون له ميزة تنافسية إضافية تسمح له بإعداد نفسه جيدا من حيث السعر والمواد التي يمكن أن يشتريها مسبقا بأحسن سعر، ثم هذا سيسمح له بتسيير أحسن لمخطط أعبائه، إذ يكون له أن لا يخوض تعهدا ذا هامش قليل قد يجرمه من التعهد في الصفقات ذات الهامش الكبير. وهنا يلعب مبدأ التحفظ دورا كبيرا في عدم إفشاء المعلومة المتعلقة بالحاجة المستقبلية للإدارة في إبرام الصفقات، لأنّ تسربها لطرف دون الآخر يس بمبدأ الشفافية والمنافسة والعدالة، هذا فضلا عن إمكانية بيع هذه المعلومة في إطار ميكانيزم فاسد. وإن رأت الإدارة أن الالتزام بهذا المبدأ مستحيل، عليها أن تنشر المعلومة المتعلقة بالحاجة المستقبلية المتأكد من تحقيقها إلى كافة المتعاملين الاقتصاديين درءً للشبهات واتقاءً للفساد، وعليه فإنّ نشر حاجات الإدارة المستقبلية وصفقاتها الحالية على مستوى الأنترنت سيجعل الشفافية تتعزز، لأنّ المعلومة ستصل إلى كافة المتنافسين في آجال متساوية هذا على الأقل نظريا. من جهة أخرى تقتضي الشفافية أن توفر الإدارة المعلومات الكافية والإضافية لكافة المتنافسين، وعليها أيضا أن تعطي المعلومات المتعلقة بالأسباب التي ساهمت في فشل المؤسسات التي لم ترس عليها الصفقات، حتى تقتنع فتنسب فشلها ليس لميكانيزم فاسد، وإنما لقصور مرتبط بذاتها فتراجع تكاليفها وأسعارها وشروطها أو آجالها. ومن جهة أخرى على الإدارة وحتى تتحصل على أحسن عرض أن تقوم بتحسين التأهيل القانوني والتقني لديها، وأن تكون قراراتها مبنية على تشاور جماعي دون إنفراد بالقرار. تقتضي الشفافية أيضا القضاء على ظاهرة الدفع الآجل التي تجعل الكثير من المؤسسات تعزف عن التعهد، وهذا ما يجعل التكاليف ترتفع نتيجة قلة المنافسة. من جهة أخرى قد تستعمل هذه المسألة للمساومة في إطار ميكانيزمات فاسدة. في هذا الإطار توجد إدارات تورطت مؤسسات للعمل معها قبل توفر

الاعتمادات وهذا من شأنه حث المؤسسات على رفع أسعارها نتيجة إرتفاع احتمال خطر عدم التسديد أو تأخره.

- محدودية الحل المتعلق بحركة المسؤولين للوقاية من الفساد الصفقات العمومية

يعتقد (CHEVAUCHEZ)⁽³²⁾ أنّ حركة الموظفين العموميين من شأنها تقليص مستويات الفساد، هذه هي قناعة أصحاب القرار في الجزائر، لكنها تشمل فقط المعينين بموجب مرسوم رئاسي وهي ضارة فيما يخص التنمية الاقتصادية والحياة الإجتماعية والأسرية للموظفين المعينين بالحركة، من جهة أخرى فإنّ المشكل يكمن في الجانب المعقد للصفقات العمومية، التي تجعل فقط بعض الموظفين يتحكمون فيها، كما أنّ المسؤولية الثقيلة لتسيير الصفقات العمومية يجعل من الكثير منهم يرفضون العمل فيها، خصوصا في ظلّ عدم رفع صفة الجرم أو الجنحة عن أخطار التسيير. أضف إلى ذلك أنّ التجديد من شأنه عرقلة سير العمليات القديمة وإبطاء وتيرة العمليات الجديدة. وهذا راجع إلى أنّ المسؤول الجديد يحتاج إلى وقت معين من أجل التمرس في تسيير العمليات المتعلقة بالصفقات العمومية. وقد ينجر عن التجديد سوء اتصال داخلي ما بين مصلحة الصفقات العمومية وباقي المصالح والمديرية العامة، وسوء إتصال خارجي بينها وبين مختلف المتعاملين، خصوصا في حلّ بعض المشاكل العالقة حيث يحتاج المسؤول الجديد إلى وقت أكبر من أجل فهم هذه المسائل وإعطاء تغذية مرتدة مقنعة على المستوى الداخلي والخارجي.

- الوقاية عن طريق إعادة النظر في احتياجات الإدارة العمومية
بينت دراسة (DELAVALLE)⁽³³⁾ أنّ الفساد يحدث اختلالا في منح الموارد العمومية لأنّه يؤثر على هيكل النفقات العمومية من خلال تخصيص أموال مبالغ فيها للفصول والبرامج التي يكثر فيها الفساد على حساب قطاعات أخرى حيوية يقل فيها، ومن خلال التظاهر بالتقشف على مستوى فصول فرعية غير مهمة من الميزانية. إن الفساد يؤدي إلى ظهور مشاريع وطلبات يتم اختيارها لا لقيمتها الاقتصادية

والاجتماعية ولكن لفرص الفساد التي توفرها. يوجد على مستوى بعض الفصول المتعلقة بالسير العادي للإدارات منبع كبير للفساد، سواء كانت هناك صفقات عمومية أم لا، لأنّ الانحراف يكون على مستوى السعر وعلى مستوى النوعية. وغالبا ما لا يتم الانتباه إلى الفوترة الزائدة المتعلقة بهذه العناصر نظرا لأن مبلغها صغير، لكن كبر الكمية هو الذي يجعل من مبلغ التحويل غير استدعى للمال العام كبيرا. وعليه لا بد من إعادة النظر في الاحتياجات الحقيقية للإدارات على مستوى كل عنصر وعلى مستوى الكمية. من جهة أخرى لا بد من حل مشكلة متابعة استهلاك السلع غير المعمرة، إذ أن الكثير من المسيرين يقومون بتحويله عن طريق شراء سلع معمرة يستفيدون منها بصفة شخصية.

-الفرد والأخلاق والثقافة السائدة في المجتمع كعنصر محوري للوقاية من الفساد في الصفقات العمومية:

إنّ الفساد هو أولا وقبل كل شيء إهمال للقيم الأخلاقية، إنّ الصراع دائم بين الخير والشر اللذان مصدرهما قلب الإنسان ويكون الفساد في كل هذا مظهرا جوهريا من مظاهر هذا الصراع الدائم، ويخطأ من يعتقد بإمكانية تجنب هكذا صراع أو فصل الأخلاق عن الاقتصاد، فهاهو⁽³⁴⁾ (STIGLITZ) في كتاب له بعنوان انتصار النهم بدأ ينهل من المصادر المعنوية كموضوع الأخلاق محاولة منه إيجاد حلول لأزمات الاقتصاد الرأسمالي مع العلم أنّ الرأسمالية منذ نشأتها قامت على مبدأ اللائكية أو فصل الدين عن الدولة وإهمال الأخلاق وعدم إدراجها ضمن السياسات العمومية، وقد كان⁽³⁵⁾ (EINSTEIN) مشارا إليه عند⁽³⁶⁾ (MELKI) يولي أهمية كبيرة للدين والأخلاق حيث قال: إنّ العلم بدون دين أعرج وأن الدين بدون علم أعمى وكان مؤمنا أنه يوجد ترابط وثيق بين الدين والعلم وأنّ الحقيقة تخفي وراءهما معا.

وتعرف الثقافة على أنّها كل ما هو مختلف عن الطبيعة أو كل ما هو مكتسب على نقيض كل ما هو مجبول على الفطرة وقد اعتبرت الثقافة عنصرا مميزا للإنسانية التي تفرقها عن عالم الحيوان، لكن دراسات

حديثه في علم الايثولوجيا (ETHIOLOGIE) وعلم البريماتولوجيا (PRIMATOLOGIE) بينت وجود ثقافات لدى الحيوانات⁽³⁷⁾ وهي الدراسات التي تؤيد الآية القرآنية التي يقول فيها الله تعالى: وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ وَلَا طَائِرٍ يَطِيرُ بِجَنَاحَيْهِ إِلَّا أُمَمٌ أَمْثَالُكُمْ مَا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ثُمَّ إِلَى رَبِّهِمْ يُحْشَرُونَ⁽³⁸⁾

أما منظمة اليونيسكو⁽³⁹⁾ فتعرفها على أنها مجموعة الصفات المميزة المعنوية والمادية والفكرية والشعورية المتعلقة بمجتمع أو مجموعة، وتتضمن بالإضافة الى الفنون والآداب طرق العيش وحقوق الانسان وأنظمة القيم والتقاليد والمعتقدات.

ويعتقد (ECKSTEIN)⁽⁴⁰⁾ مشارا إليه عند (SANDHOLDZ)⁽⁴¹⁾ و(TAAGEPERA) أن الثقافة تتمثل في توجهات أفعال الأفراد وفقا لطرق معينة ووضعية مختلفة وذلك تبعا لرؤية المجتمع ووفقا لمعاييره المتعلقة بالتصرفات المقبولة، كما يرى أن الثقافة تتغير ولكنها تتغير ببطء، وأعطى من أجل ذلك مثالا عن المجتمعات الاشتراكية التي بالرغم من دخولها في اقتصاد السوق إلا أنها بقيت متمسكة بثقافتها السابقة لأنّ تغيير الذهنيات يتطلب وقتا كبيرا. وتوجد العديد من الدراسات التي تبين تأثير الثقافة على مستويات الفساد كدراسة (REISMAN)⁽⁴²⁾ مشارا إليها عند (SANDHOLDZ) و(TAAGEPERA) التي أظهر من خلالها أن المستعمرات البريطانية بها مستويات فساد أقل نظرا لتأثرها بالثقافة الانجليزية. وهناك دراسات أيضا بينت دور الديانة المسيحية في تخفيض مستويات الفساد مثل دراسة (SANHOLTZ)⁽⁴³⁾ و(KOETZLE) مشارا إليها عند (SANDHOLDZ) و(TAAGEPERA)، دراسة أخرى في غاية الأهمية بين من خلالها (BANFIELD)⁽⁴⁴⁾ أنّ الولاء للعائلة في جنوب إيطاليا يؤدي إلى ظهور معاملات تفضيلية تجاه الاقارب وأنّ هذا الولاء مرتبط بميكانزمات الفساد، وكثيرة هي الدراسات التي وصلت إلى وجود علاقة معنوية بين الولاء العائلي ومستويات الفساد.

وبالرغم من أن (HEIDENHEIMER)⁽⁴⁵⁾ أشارا إليه عند (BECQUART-) (LECLERCQ)⁽⁴⁶⁾ اقترح تفرقة بين الفساد الأبيض والرمادي والأسود إلا أن هذه الظاهرة تنشأ عنها مشاكل متعلقة بخصائص الفساد ومدلولاته لدى الافراد ولدى المجتمع، فما هو فساد لدى لدى البعض لا يعتبر كذلك لدى البعض الآخر تبعا للثقافات والعقليات، كما أنه في نفس المجتمع تكون مدركات الفساد قابلة للتطور لأنه من السهولة بما كان تغيير وجهة نظر ومنحى الرأي العام. في بعض المجتمعات يعتبر الفساد واجبا أخلاقيا كما أكدته دراسة (PRAKASH REDDY) التي استشهد بها (TANZI)⁽⁴⁷⁾ أين أبدى من العادي في الهند على العكس من الدانمارك أن العائلة والأصدقاء ينتظرون معاملات تفضيلية في علاقات الاعمال وهي الدراسة التي نستخلص من خلالها ضرورة الأخذ بعين الاعتبار الحقائق التاريخية والثقافية للمجتمعات لضمان نجاح برامج مكافحة الفساد. في نفس هذا السياق، أكدت دراسة (BARR)⁽⁴⁸⁾ التي شملت عينات من 43 دولة، أن الفساد مشكل ثقافي بالدرجة الأولى، وقد كشفت دراسة (LA PORTA)⁽⁴⁹⁾ استدلت بها (NOLAND)⁽⁵⁰⁾ أن البلدان التي تهيمن فيها الديانات السلمية كالإسلام والمسيحية وفقا لما ذكره تعاني من مشاكل في التنمية من خلال الفساد في القضاء وتفشي البيروقراطية واستشراء التهرب الضريبي وضعف مشاركة المجتمع المدني وتدني نسبة المؤسسات المشاركة في عملية التنمية واستفحال ظاهرة التضخم، لكن (NOLAND) في دراسته التي أجراها على عينات في 78 دولة برهن من خلالها أن الاسلام ليس معيقا للتنمية كما ادعت ذلك بعض الدارسات وأن العكس هو الصحيح، ولهذا نجد أن القرآن الكريم أولى أهمية بالغة لظاهرة الفساد حيث ذكر فيه المصطلح 50 مرة بمصادر وأفعال مختلفة تجتمع على تحقيره كظاهرة مؤذية للحرث والنسل، كما ذكر القرآن نقيض هذا المصطلح وهو الصلاح 50 مرة أيضا⁽⁵¹⁾، هذا فضلا عن آيات أخرى تناولت مفاهيم الفساد المختلفة كالغش والتبذير والإسراف والربا والاكتمال وأكل السحت وغيرها⁽⁵²⁾، وفي الحديث المعروف الذي روي عن رسول الله صلى الله عليه

و سلم أنّ الله لعن الراشي والمرتشي والساعي بينهما مقارنة خلاقة للوقاية من الفساد لأنها تشيطن المتغيرات الثلاث للفساد المكونة لسوقه، ويرى محمد سعيد رمضان البوطي⁽⁵³⁾ أنّ أسباب الفساد في المجتمعات مهما تنوعت إنما تنحصر في عدم شعور الإنسان بوجود رقابة تلاحقه بالجزاء، ولقد شعر علماء الاجتماع بهذه المشكلة، فجعلوا من القوانين الرادعة وسيلة لدرء الفساد، ولكن هذه الوسيلة لم تُجدِ نفعا لأنّ الذي يرسم القوانين الجزائية إنما هو الإنسان، والذي يفسد في الأرض هو الإنسان، وما أيسر للإنسان المفسد أن يتحايل على الإنسان القانوني، ليس ثمة إلا وسيلة واحدة، هي وسيلة مراقبة الله عز وجل بعد الإيمان بالله سبحانه وتعالى هذا هو العلاج الأوحى للوقاية من الفساد، يقرأ الإنسان خطاب الله: هُوَ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ فِي سِتَّةِ أَيَّامٍ ثُمَّ اسْتَوَى عَلَى الْعَرْشِ يَعْلَمُ مَا يَلِجُ فِي الْأَرْضِ وَمَا يَخْرُجُ مِنْهَا وَمَا يَنْزِلُ مِنَ السَّمَاءِ وَمَا يَعْرُجُ فِيهَا وَهُوَ مَعَكُمْ أَيْنَمَا كُنْتُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ⁽⁵⁴⁾ أو قوله تعالى: سَوَاءٌ مِنْكُمْ مَنْ أَسْرَ الْقَوْلَ وَمَنْ جَهَرَ بِهِ وَمَنْ هُوَ مُسْتَخْفٍ بِاللَّيْلِ وَسَارِبٌ بِالنَّهَارِ⁽⁵⁵⁾. أو قوله تعالى: وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ وَنَعْلَمُ مَا تُوَسْوِسُ بِهِ نَفْسُهُ وَنَحْنُ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ حَبْلِ الْوَرِيدِ، إِذْ يَتَلَقَّى الْمُتَلَقِّيَانِ عَنِ الْيَمِينِ وَعَنِ الشَّمَالِ قَعِيدٌ، مَا يَلْفِظُ مِنْ قَوْلٍ إِلَّا لَدَيْهِ رَقِيبٌ عَتِيدٌ⁽⁵⁶⁾. أو قوله تعالى: وَعِنْدَهُ مَفَاتِحُ الْغَيْبِ لَا يَعْلَمُهَا إِلَّا هُوَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَمَا تَسْقُطُ مِنْ وَرَقَةٍ إِلَّا يَعْلَمُهَا وَلَا حَبَّةٍ فِي ظُلُمَاتِ الْأَرْضِ وَلَا رَطْبٍ وَلَا يَابِسٍ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُبِينٍ. وَهُوَ الَّذِي يَتَوَفَّاكُم بِاللَّيْلِ وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ ثُمَّ يَبْعَثُكُمْ فِيهِ لِيُقْضَى أَجَلٌ مُسَمًّى ثُمَّ إِلَيْهِ مَرْجِعُكُمْ ثُمَّ يُنَبِّئُكُم بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ⁽⁵⁷⁾ عندما يعلم الانسان أنه مُراقَب من قِبَل الله عز وجل، فهل يستطيع أن يتحايل على مراقبة الله كما كان يتحايل على مراقبة القانون؟ كان من اليسير عليه أن يتحايل على القانون؛ لأن واضعي القانون بشر مثله، لكن النفاق آفة يستعملها الفاسدون والمفسدون الذين يحملون قناع التقوى والورع لإبطال أية محاولة لدرء الفساد لأنهم بأقنعتهم يتبوؤون أحسن المناصب ويستعملونها في الفساد،

في هذا المضمون يقول الله تعالى: وَمِنَ النَّاسِ مَن يُعْجِبُكَ قَوْلُهُ فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَيُشْهَدُ اللَّهُ عَلَى مَا فِي قَلْبِهِ وَهُوَ أَلَدُّ الْخِصَامِ وَإِذَا تَوَلَّى سَعَى فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ⁽⁵⁸⁾، وأكثر من ذلك هدرا وإفشالا لفرص الوقاية من الفساد أولئك الذين يفسدون وهم يعتقدون أنهم مصلحون وهذه حقيقة في غاية الأهمية يؤكدتها القرآن الكريم معناها أن المفسدين تحتل لديهم مقاييس الخير والشر فيزعمون أن إفسادهم إصلاح قال الله تعالى: وإذا قيل لهم لا تفسدوا في الأرض قالوا إنما نحن مصلحون⁽⁵⁹⁾. وقد أعطى الرسول صلى الله عليه و سلم حلا حاسما لا لبس فيه لإشكالية الهدية التي تمنح لمتبوعي المناصب العامة عندما استعمل رجلا من أجل جمع الزكاة فلما قدم قال هذا لكم وهذا أهدي لي، فقام على المنبر وقال: ما بال عامل أبعثه فيقول لكم هذا لكم وهذا أهدي لي أفلا قعد في بيت أبيه أو في بيت أمه حتى ينظر أيهدي إليه أم لا.

من الصعوبة بما كان مكافحة الفساد إذا كانت الثقافة السائدة في المجتمع تشجعه وتستبسطه، يوجد في بعض المجتمعات من يفتخر أمام أصدقائه لأنه لم يعمل سوى 5 دقائق في اليوم دون أن يحاسبه أحد، وقد يربط ذلك بعارفه المتينة هنا وهناك، كما يوجد من يتباهى لأنه حصل على عمل عن طريق الوساطة أو لأنه لا يقف في الطوابير عندما يريد سحب أموال أو استخراج شهادة ميلاد، في هكذا مجتمعات لا تقيم المروءة بالشجاعة والشهامة والكرم، بل تقيم بمقدار ما يستطيع الفرد أن يقدمه من خدمات على مستوى المرافق العامة أو انطلاقا من امكانياته الخاصة، في مثل هذه المجتمعات تزدهر ثقافة الكيل بمكيالين وتكون النفعية وحب النفس والارتزاق هي الفلسفة السائدة.

خاتمة

بصفة عامة يمكن القول إنه لا يمكن محاربة الفساد في الصفقات العمومية بمعزل عن التكاثف والتعاون والتنسيق ما بين مختلف الجهات المعنية، لا يمكن محاربة الفساد في الصفقات العمومية باستعمال المنع

والقانون، لأنّ غلق الأبواب لا يعني أنّ المشكل قد حل، إنّ العلاج ليس في حشد هائل من القوانين الرادعة للفساد، إنّما هو إعادة ترتيب الدولة برمتها ليعود للعلم مكانه وللخلق مكانه. إنّ ما فسد بعمق لا تصلحه الخطابات مهما بلغت فصاحتها ولا برامج حوكمة وانعاش مهما بلغت ضخامتها. إنّ الأمر يحتاج إلى الرجال وتدير المخلصين. إنّ مستقبل الإصلاح جميل ولو كان حاضره قبيحا ومستقبل الفساد قبيح ولو كان حاضره جميلا ولا شيء يوهن مناعة الدولة ضد الفساد كفساد الأفكار والأخلاق وموازن العدل واختلال الخطط والسياسات العمومية الفساد المالي أو الإداري خطير ولكن ما هو أخطر منه هو فساد الأفكار والخطط والبرامج والمناهج. قد نستطيع هزم الفساد المالي أو الإداري لكن من الصعوبة بما كان دحر الفساد الفكري والثقافي لأنّ الأفكار والمناهج الخاطئة هي التي تولد الأنظمة الفاسدة والمشاريع المعرضة للفساد. من جهة أخرى لا يمكن محاربة الفساد دون إصلاح نظامنا للإدارة الاقتصادية والسياسية والمؤسسية. والفساد الحقيقي والأخطر، هو وجوده داخل السير العادي للإدارة وتحلله في السياسات العامة التي تخدم مصالح معينة. عندما يكون لديك ميزان لا يقسط الوزن يمكنك أن تزن عدة مرات، فما تزنه سيكون دائما خاطئا حتى وأن كنت أamina. لا يمكننا محاربة الفساد أيضا إذا كانت بواطننا تقبله.

الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) TANZI Vito. Corruption around the world: causes consequences scope and cures.FMI. WP/98/63.1998.p 8. 39 p.
- (2) قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20/02/2006 المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته
- (3) CARTIER-BRESSON JEAN. Economie politique de la corruption et de la gouvernance. Ed L'HARMATTAN.2008. p18
- (4) Cartier - Bresson Jean, op. cit , pp 18-19
- (5) Scott. J. Comparative political corruption. Prentice Hall. Englewood Cliffs, Nj 1972. p. 166.
- (6) Cartier - Bresson Jean, op. cit , p. 22.
- (7) مرسوم رئاسي 04-128 المؤرخ في 2004/4/19

- (8) KAUFMANN Daniel, «La gouvernance dans le monde, Constat et implications pratiques», Colloque du CNES, Alger, 3/02/2007, 50 p.
- (9) CARTIER BRESSON Jean, « L'agenda de la gouvernance », Cahier du CEMOTEV, Université Versailles Saint Quentin en Yvelines, n° 2011-03, Juillet 2013, p.7.
- (10) VIAU JULIEN. Pratiques relationnelles et commande publique : Enjeux et perspectives. Market management . Septembre 2003. 36 p. Consulté sur le lien: <http://www.cairn.info/revue-market-management-2003-2-p-3.htm>
- (11) BENNADJI CHERIF, marché public et corruption en Algérie, Revue NAQD, N°25, Automne/Hiver 2008, p. 152. pp.137-153.
- (12) Ibid, pp.137-138.
- (13) الأمر رقم: 67- 90، المؤرخ في: 17/6/1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية.
- (14) المرسوم رقم: 82- 145، المؤرخ في: 10/4/1982 المتضمن تنظيم صفقات التعامل العمومي
- (15) المرسوم رقم 91- 434، المؤرخ في 9/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
- (16) المرسوم رقم 02- 250، المؤرخ في 24/7/2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
- (17) المرسوم رقم: 10- 236، المؤرخ في 7/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية
- (18) وزارة المالية.
- (19) أمر رقم: 71- 74 مؤرخ في: 16/11/1971 المتضمن التسيير الاشتراكي للمؤسسات
- (20) أمر رقم: 74- 09 مؤرخ في: 30 جانفي 1974 يعدل ويتمم الأمر رقم: 67- 90
- (21) أمر رقم: 69- 32 المؤرخ في: 22 ماي 1969 المتمم للمادتين 129 و 144 من الأمر رقم: 67- 90.
- الأمر رقم: 70- 57 المؤرخ في: 06 أوت 1970 المعدل للمادتين 129 و 130 من الأمر رقم: 67- 90
- أمر رقم: 71- 84 المؤرخ في: 29/12/1971 المعدل للمواد 62، 87 و 89 من الأمر رقم: 67- 90
- أمر رقم: 72- 12 المؤرخ في: 18 أفريل 1972 المتمم للأمر رقم: 67- 90.
- أمر رقم: 74- 09 المؤرخ في: 30 جانفي 1974 المعدل للأمر رقم: 67- 90
- أمر رقم: 74- 85 المتمم للمادتين 21 و 24 للأمر رقم: 74- 09
- أمر رقم: 76- 11 المؤرخ في: 20 فيفري 1976 المعدل للأمر رقم: 67- 90
- (22) مرسوم رقم: 88- 72 مؤرخ في: 29 مارس 1988
- (23) قانون رقم: 88- 01 مؤرخ في: 12/1/1988 متعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية
- قانون رقم: 88- 02 مؤرخ في: 12 جانفي 1988 متعلق بالتخطيط
- قانون رقم: 88- 03 مؤرخ في: 12 جانفي 1988 متعلق بصناديق المساهمة

- قانون رقم: 88-04 المؤرخ في: 12 جانفي 1988 المعدل والمتمم للأمر رقم: 59/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 والمحدد للقواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية (24) قانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية (25) المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 المؤرخ في: 2002/7/24 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- (26) المواد غير الملغاة من الأمر رقم: 67-90 وجميع أحكام المرسوم رقم: 91-434 بموجب المادة 153.
- (27) مرسوم رئاسي رقم: 08-338 مؤرخ في: 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم: 02-250 المؤرخ في: 24 جويلية 2002 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية.
- (28) أمر رقم: 01-04 مؤرخ في: 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها.
- (29) مرسوم رئاسي رقم: 13-03 مؤرخ في: 2013/1/13 يعدل ويتمم المرسوم رقم: 10-236
- (30) HERVET JOSETTE . Corruption et marchés publics : Connivences et compérage sur la base des fonds publics. Corruption et gestion publique. Revue française des finances publiques. N° 69. Mars 2000. P 53-54.
- (31) OCDE . L'intégrité dans les marchés publics. Les bonnes pratiques de A à Z. OCDE.2007. p 23 .
- (32) CHEVAUCHEZ BENOIT. Corruption et gestion publique. Revue française des finances publiques. N° 69. Mars 2000. P 91.
- (33) DELAVALLADE CLARA. Corruption publique : Facteurs institutionnels et effets sur les dépenses publiques. Thèse de doctorat. Université Paris 1. 2007. 293 p.
- (34) STIGLITZ Joseph E, Le triomphe de la cupidité, Traduit par CHEMLA Paul, Ed BABEL, Masamet , 2011, pp. 485-486.
- (35) EINSTEIN ALBERT . Conceptions scientifiques, morales et sociales. Traduit par MAURICE SOLVINE.Ed FLAMMARION . 1952. p 25
- (36) MELKI ALI . Sciences et religion dans l'œuvre d'ALBERT EINSTEIN.Revue de philosophie et des sciences humaines. Octobre 2013. p 6. Sur le lien : <http://www.dogma.lu/pdf/AM-EinsteinScienceReligion.pdf>. 23/1/2014
- (37) Voir le lien : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Culture>. 16/01/2014.
- (38) الآية 38 من سورة الأنعام.
- (39) Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles. Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico City, 26 juillet-6 août 1982.Voir le lien :<http://www.bak.admin.ch/themen/04117/index.html?lang=fr>.16/01/2014
- (40) ECKSTEIN H. A culturalist theory of political change. American political science review. 1988. Vol 82. Pp 789-804.

- (41) SANDHOLTZ Wayne, TAAGEPERA Rein. Corruption, culture and communism. International review of sociology. University of Rome La Sapienza Vol 15. N°1. March 2005. pp 109-131. Voir le lien: <http://www.systemdns.us:9722/loc.svr.b/PDF/Sandholtz-Taagepera-IRS-05.pdf>. 17/01/2014
- (42) TREISMAN D. The causes of corruption: A cross- national study. Journal of public Economics. 2000. Vol 45. pp 579-596.
- (43) SANDHOLTZ W. KOETZLE W. Accounting for corruption: Economic structure, democracy and trade. International studies quarterly. 2000. Vol 44, pp 31-50.
- (44) BANFIELD EDWARD C . The moral basis of a backward society. Free Press .1958. Chicago. 204 p. Voir le lien: <http://www.giannisilei.it/wp-content/uploads/pdf/Banfield.pdf>. 15/01/2014
- (45) HEIDENHEIMER Arnold, Political corruption in America: is it comparable? , Eisenstaedt ed Before Watergate, New York, Columbia, University press, 1978, p.24.
- (46) BECQUART-LECLERCQ, JEANNE. Paradoxes de la corruption politique, Revue Pouvoirs, N° 31. 1984, pp19-36. Voir le lien. http://revuepouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs31_p1936_paradoxes_corruption_politique.pdf. 10/10/2013.
- (47) TANZI, La corruption les administrations et les marchés, », Revue finances et développement, FMI, Décembre 1995, p.25.
- (48) BARR Abigail, SERRA Danila. Culture and corruption. Centre of the study of African Economics. University of Oxford . 2006. 27 p. Consulté sur le site: <http://www.gprg.org/pubs/workingpapers/pdfs/gprg-wps-040.pdf>. 31/7/2012.
- (49) LA PORTA Rafael et al, Trust in large organizations», American economic review, vol 87. N°2, 1997, p. 334, Consulté sur le site : <http://scholar.harvard.edu/shleifer/files/trust.pdf>, 31/12/2013.
- (50) NOLAND Marcus, «Religions, Islam et croissance économique : L'apport des analyses empiriques, Revue française de gestion, N° 171, 2007, p.111.
- (51) عماد الشيخ داود. الفساد والإصلاح: دراسة. منشورات اتحاد الكتاب العرب 2003، دمشق، ص 22
- (52) يحي غني النجار. الآثار الاقتصادية للفساد الاقتصادي. جامعة بغداد. ص 3. على الرابط: <http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=3286>. 12/11/2013.
- (53) البوطي محمد سعيد رمضان. منهج امتلاخ الفساد و الافساد في المجتمع. خطبة قدمت بتاريخ 2007/10/19 موجودة على الرابط: http://naseemalsham.com/ar/Pages.php?page=speeches&pg_id=42.&sort=non&page1=15, 15/12/2013.

(54) سورة الحديد، الآية 57

(55) سورة الرعد، الآية 13

(56) سورة ق، الآية 50

(57) سورة الأنعام، الآيتان 59، 60

(58) سورة البقرة الآيتان 204، 205

(59) سورة البقرة الآية 11

حوكمة الصفقات العمومية في إطار الإستراتيجية الوطنية للوّقاية من الفساد ومكافحته

أ.بن أمهارة صابرينة
المركز الجامعي لتاهنغست

مقدمة

من سمات الحوكمة الرشيدة النزاهة والشفافية وسيادة القانون على الجميع بلا تمييز، فهي إذن تعبر عن نظم تحكم العلاقة بين الأطراف الأساسية التي تؤثر في الأداء.

تلك القواعد هي نفسها التي تتأسس عليها حماية تنظيم الصفقات العمومية، وذلك حفاظا على المال العام بالدرجة الأولى.

وباعتبار أنّ المساس بقواعد النزاهة والشفافية والمنافسة الشريفة ومحاربة الترشح ومساواة المرشحين يعد من صور جرائم الفساد المنظمة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم: 06-01 المعدل والمتمم بالأمر رقم: 10-05 وبعدها بالقانون رقم: 11-15 المتعلقون بقانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

فعليه؛ تكون لاستراتيجية الوقاية والمكافحة من الفساد المعتمدة من طرف الدولة الجزائرية دور فعال في حوكمة عملية تنظيم الصفقات العمومية.

ومنه؛ نتساءل عن سمات ذلك الدور في إطار قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بكل تعديلاته؟

بمعنى آخر كيف استطاع المشرع الجزائري من خلال الإستراتيجية الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته أن يؤكد ويعزز من حوكمة الصفقات العمومية؟

تكون الإجابة عن الإشكالية المطروحة من خلال المحاور الآتية:

المحور الأول : مفهوم الحوكمة.

المحور الثاني : مظاهر الحوكمة في الصفقات العمومية.

المحور الثالث: دور حوكمة الصفقات العمومية في الوقاية من الفساد و مكافحته.

المحور الأول: مفهوم الحوكمة

ظهرت الحاجة إلى الحوكمة في العديد من الاقتصاديات المعتمدة الناشئة بعد انهيار اقتصاد الدول⁽¹⁾ وظهور الأزمات المالية في عقد التسعينيات من القرن العشرين، فكيف عرفت الحوكمة وما هي أهميتها والأهداف التي ترمي إلى تحقيقها من جهة ومن جهة أخرى فيما تتمثل محددات تطبيقها؟

المطلب الأول: تعريف الحوكمة وأهميتها.

الفرع الأول: تعريف الحوكمة: تعتبر الترجمة العلمية لهذا المصطلح ما تم الاتفاق عليه وهي "أسلوب ممارسة سلطات الإدارة الرشيدة، تعرف مؤسسة التمويل الدولية "IFC" الحوكمة بأنها⁽²⁾ "النظام الذي يتم من خلاله إدارة الشركات والتحكم في أعمالها".

كما تعرفها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية "OECD"⁽³⁾ بأنها "مجموعة من العلاقات فيما بين القائمين على إدارة الشركة ومجلس الإدارة وجملة الأسهم وغيرهم من المساهمين"، كما يعرفها آخرون بأنها⁽⁴⁾ "مجموعة قواعد اللعبة" التي تستخدم لإدارة الشركة من الداخل ولقيام مجلس الإدارة بالإشراف عليها لحماية المصالح والحقوق المالية للمساهمين".

أمّا د/نبيهه جابر فيقرها بأنها "منهج الإدارة التي يزود المؤسسة بالإجراءات والسياسات التي تحدد الأسلوب الذي من خلاله تدار العمليات بكفاءة"⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: أهمية الحوكمة: ظهرت أهمية الحوكمة أساسا بعد ما شهدته العالم من تحرر للأسواق المالية، فتزايد معه انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود بشكل غير مسبوق مما أدى إلى ضعف آليات الرقابة على تصرفات المسؤولين ووقوع الشركات والمؤسسات في أزمات مالية⁽⁶⁾.

فعليه؛ تكون أهمية الحكومية تتجلى في عدة نقاط نذكر منها:

- الحد من الفساد الذي يعيق بدرجة قصوى عملية النمو.

-شفافية المعلومات المالية التي قد تخفض من تكلفة رأس مال المنشأة.

-حوكمة المنشأة يعني الحد من هروب رؤوس الأموال المحلية.
-انتشار الثقة في المنشأة المطبقة للحوكمة مما يؤدي لا محال إلى جذب الاستثمارات الأجنبية والمحلية.

-زيادة فرص التمويل خصوصا بالنسبة للدول النامية.

المطلب الثاني: الهدف من الحوكمة وطبيعتها القانونية

ترمي المنشأة المطبقة للحوكمة إلى تحقيق عدة أهداف تساعد على النمو في بيئة سليمة ومعلومة لدى الجميع سواء كانوا عملاء أو العاملين في إطارها.

الفرع الأول: الهدف من الحوكمة: تهدف أحكام الحوكمة بصفة عامة إلى تحقيق الشفافية والعدالة وحق مساءلة إدارة الشركات والمؤسسات مهما كانت درجتهم في السلم الترتيبي للمنشأة وهي أيضا تحقق حماية واسعة لكل متعامل برعاية مصالحهم وبوضع حد للاستغلال السلطة.
كما أنّ قواعد الحوكمة تعكس جودة الخدمة المؤكدة لتقديمها بالتماشي مع الأهداف المحددة مسبقا.

من أهداف ترتيبات الحوكمة هو ضمان قنوات الاتصال والحاسبة وتشجيع المشاركة والمساهمة بالرأي والاستشارة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للحوكمة: يرى الخبراء الاقتصاديون أنّ الحوكمة مجرد إرشادات تطرح شكل اختياري على الشركات الراغبة في تطبيقها وليس لها صفة الإلزام ولكن التطبيق يؤدي إلى إظهار الشركة بشكل أكثر شفافية ويزيد من مصداقيتها في أسواق المال⁽⁷⁾.

أمّا عن منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية فتزى أنّ حوكمة الشركات ليست سوى جزء من محيط اقتصادي أكثر ضخامة يعمل في نطاقه المنشآت والذي يضم على سبيل المثال سياسات الاقتصاد الكلي ودرجة المنافسة في أسواق المنتج والبيئة القانونية والتنظيمية ويضاف إلى ذلك عوامل مثل:

- أخلاقيات الأعمال ومدى إدراك الشركات بالمصالح البيئية والاجتماعية للمجتمعات التي تعمل فيها الشركة والتي يمكن أن يكون لها أثر على سمعتها ونجاحها في الأجل الطويل⁽⁸⁾.

المطلب الثالث: معايير ومحددات الحوكمة: التطبيق الجيد لحوكمة الشركات من عدمه يتوقف على مدى توافر جودة نوعين من المحددات (الخارجية والداخلية) ولا تكون الحوكمة محققة إلا بتوافرها على عدة معايير.

الفرع الأول: معايير الحوكمة: نظرا للاهتمام المتزايد بمفهوم الحوكمة فقد حرصت عدة مؤسسات⁽⁹⁾ على دراسة هذا المفهوم ووضع معايير محددة لتطبيقه فقد اختلفت المعايير التي تحكم عملية الحوكمة من مؤسسة إلى أخرى مثلما اختلفت المفاهيم التي اعتمدتها لتعريفها.

فأما عن المعايير التي قدمتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية لتطبيق الحوكمة فهي خمسة معايير قدمتها في عام 1999 (مع تعديلها عام 2004) وهي كالتالي:

- ضمان وجود إطار عام لحوكمة الشركات (تعزيز الشفافية للأسواق، صياغة تقسيم المسؤوليات بوضوح بين السلطات الإشرافية والتنفيذية والتنظيمية).

- حفظ حقوق كلّ المساهمين (اختيار مجلس الإدارة المشاركة الفعلية للمساهمين في اجتماعات الجمعية العامة).

- المعاملة المتساوية بين كل المساهمين.

- دور أصحاب المصالح⁽¹⁰⁾ في أساليب ممارسة سلطات الإدارة بالشركة. الإفصاح والشفافية.

- مسؤوليات مجلس الإدارة.

وقد وضعت لجنة بازل للرقابة المصرفية العالمية (Basel committee) في عام 1999 إرشادات خاصة بالحوكمة في المؤسسات المصرفية والمالية وهي تركز على ما يلي⁽¹¹⁾:

- قيم الشراكة ومواثيق الشرف للتصرفات السليمة.

- إستراتيجية للشركة معدة جيدا.

- التوزيع السليم للمسؤوليات ومراكز اتخاذ القرار.
- وضع آلية فعالة للتعاون بين مجلس الإدارة و الإدارة العليا.
- توافر نظام ضبط داخلي قوي يتضمن مهام التدقيق الداخلي والخارجي مع مراعاة تناسب المسؤوليات مع السلطات.
- جوار مالية وإدارية للإدارة ومتخذي القرار.
- تدفق المعلومات بشكل مناسب داخلي والى الخارج.
- وضعت مؤسسة التمويل الدولية التابعة للبنك الدولي في عام 2003 معايير عامة اعتبرت أساسية لدعم الحوكمة في المؤسسات على تنوعها سواء كانت مالية أو غير مالية كما يلي⁽¹²⁾:
- الممارسات المقبولة للحكم الجيد.
- خطوات إضافية لضمان الحكم الجيد الجديد.
- إسهامات أساسية لتحسين الحكم الجيد محليا.
- القيادة المحاسبة خلال 2002.
- الفرع الثاني: محددات الحوكمة: تتمثل المحددات الواجب توافر للتطبيق الجيد للحوكمة في مجموعتين هما: المحددات الخارجية والمحددات الداخلية.
- 1/ المحددات الخارجية: تتعدد إلى المحددات الآتية:
 - المناخ العام للاستثمار في الدولة مثل: القوانين المنظمة للنشاط الاقتصادي⁽¹³⁾.
 - كفاءة القطاع المالي⁽¹⁴⁾ في توفير التمويل اللازم للمشروعات ودرجة تنافسية أسواق السلع وعناصر الإنتاج.
 - كفاءة الأجهزة والهيئات الرقابية⁽¹⁵⁾.
 - تكمن أهمية تلك المحددات الخارجية في ضمان حسن إدارة الشركة أو المؤسسة.
- 2/ المحددات الداخلية: تتمثل في مجموعة من القواعد والأسس التي تحدد كيفية اتخاذ القرارات وتوزيع السلطات داخل الشركة بين الجمعية العامة ومجلس الإدارة والمديرين التنفيذيين والتي يؤدي توافرها من جهة وتطبيقها من جهة أخرى إلى تقليل التعارض بين تلك المصالح الثلاثة.

المحور الثاني: مظاهر الحوكمة في الصفقات العمومية.
تعرف الصفقات العمومية بأنها عقود مكتوبة تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في: 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم قصد انجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة⁽¹⁶⁾. باعتبار ما للصفقات العمومية من مكانة هامة في محور تنمية الاقتصاد الوطني أحاطها المشرع بعدة ضمانات قانونية إنشاء إبرامها وضمن إجراءات انعقادها وكذلك في اختيار الأسلوب الأمثل لإبرامها أو اختيار المتعامل المتعاقد.

المطلب الأول: مظاهر الحوكمة في المبادئ التي تحكم إجراءات إبرام الصفقات العمومية
تقوم عملية إبرام الصفقات العمومية على مبادئ هامة تضمنتها المادة 3 من المرسوم رقم: 10-236⁽¹⁷⁾ هي: مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة في معاملة المترشحين ومبدأ شفافية الإجراءات.

الفرع الأول: مظاهر الحوكمة في مبدأ حرية المنافسة: تعتبر حرية المنافسة فتح للمجال أمام كل شخص طبيعي أو معنوي والذين تتوفر فيهم الشروط القانونية المطلوبة لتقدم بعروضهم أمام الهيئة القانونية المؤهلة لإبرام الصفقات العمومية⁽¹⁸⁾ بمعنى أن تكون الفرصة متاحة بصفة حيادية أمام جميع المتنافسين دون أن تكون الهيئة القانونية أية سلطة تقديرية في تقريرية في تقرير من تدعوهم أو من تستبعدهم.

فيكون بذلك المعيار الوحيد في اختيار المتنافسين هو توافر المؤهلات اللازمة لتنفيذ المشروع موضوع الصفقة بعد إعلان كل المتنافسين على حد سواء بذلك:

يكون الإعلان عن طريق الإشهار الصحفي الذي نصت عليه المادة 45 من المرسوم رقم: 10-236⁽¹⁹⁾ وقد ورد بصيغة الإلزام للتأكيد على اعتباره إجراء جوهري تلتزم به كل المصالح المتعاقدة في جميع أشكال المناقصة المفتوحة أو المحدودة الوطنية أو الدولية أو عند إتباعها لأسلوب الاستشارة الانتقائية أو المسابقة أو الزائدة كما أشارت المادة 49⁽²⁰⁾ من

المرسوم المذكور إلى ضرورة نشر الإعلان المتعلق بالمناقصة في جريدتين يوميتين وطنيتين على الأقل موزعتين على المستوى الوطني وأن يتم تحرير الإعلان باللغة الوطنية أو بلغة أجنبية واحدة على الأقل.

وقد حرص المشرع الجزائري في تعجيله لقانون تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2010 على إضافة وسيلة جديدة للإعلان عن الصفقة لم تكن موجودة في التنظيمات السابقة وذلك مساهمة للتطور التكنولوجي الحديث وهي تتمثل في وسيلة النشر الإلكتروني التي ضمنها ضمن نص المادتين 173 و 174 من المرسوم رقم: 10-236⁽²¹⁾

أمّا عن البيانات الواجب ورودها إلزاماً في الإعلان فقد حددتها المادة 46⁽²²⁾ من المرسوم رقم: 10-236، فهذا إن دل على شيء فهو يدل على الوضوح والدقة في توجيه الدعوة للمنافسة لدى جميع المتنافسين بصفة موحدة.

الفرع الثاني: مظاهر الحوكمة في مبدأ المساواة في معاملة المترشحين.
مبدأ المساواة في التعامل ليس وليد اليوم أو قانون الصفقات العمومية بل فقد تم تكريسها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948 وبعدها تضمنته مختلف دساتير الدول⁽²³⁾ والقوانين الحديثة المختلفة. يقتضي مبدأ المساواة في التعامل في الصفقات العمومية أن يكون من له حق المشاركة في الصفقة المعلن عنها الحق في أن يتقدم لذلك على قدم المساواة مع باقي المتنافسين⁽²⁴⁾.

فالغرض من هذا المبدأ هو عدم التمييز بين أي من المتنافسين المتقدمين للمناقصة إلا على أساس قانوني واحد هو مقدم أحسن عرض بالنسبة للمصلحة المتعاقدة كما يؤكد على عدم تقديم المصلحة المتعاقدة لأية امتيازات أو عقبات أمام المتنافسين⁽²⁵⁾.

الفرع الثالث: مظاهر الحوكمة في مبدأ شفافية إجراءات إبرام الصفقات العمومية.

يراعي مبدأ شفافية في عملية إبرام الصفقة العمومية كضمان أساسي لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام كما ورد ذلك في نص المادة 3⁽²⁶⁾ من المرسوم رقم: 10-236.

فعليه يفترض تكريس مبدأ الشفافية في إجراءات إبرام الصفقة العمومية عن طريق معاملة كل المترشحين بطريقة محددة بالنظر للشروط المتعلقة بالمعلومات حول الصفقة المراد إبرامها كما يقصد بهذا المبدأ أيضا منع أية تجاوزات وفسح روح ومجال المنافسة بين كل المترشحين في كل مراحل إبرام الصفقة.

فمن مظاهر حياد المصلحة المتعاقدة وشفافية تعاملها مع كل المتنافسين والمترشحين ما احتوته المادة 56⁽²⁷⁾ من المرسوم رقم: 10-236 من إلزام للمصلحة المتعاقدة بإعلام المتنافسين بكل وضوح وشفافية بواسطة دفتر الشروط الخاصة بمعايير الاختيار وقيمة كل معيار حتى يكون كل متنافس على علم بمعايير التقييم (مقاييس انتقاء المتعامل العمومي والعرض)

ومن أهمهم تكريس أيضا لمبدأ الشفافية ضمن المرسوم الصفقة العمومية بصفة مؤقتة من خلال نص المادة 49⁽²⁸⁾ منه التي تلزم المصلحة المتعاقدة (الإدارة) بإدراج إعلان بالمنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة مع تحديد كل من السعر وأجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة⁽²⁹⁾

المطلب الثاني: مظاهر الحوكمة في مرحلة تنفيذ الصفقات العمومية. عند توافر الشروط القانونية الواجبة في إبرام الصفقات العمومية تدخل هذه الأخيرة حيز التنفيذ فيترتب عن ذلك آثار لكل الطرفين الصفقة وهي المتمثلة في حقوق والتزامات من جهة الإدارة (حق الرقابة على تنفيذ الصفقة حقها في اقتضاء المقابل..) وحقوق والتزامات أخرى من جهة المتعامل المتعاقد (المقابل المالي، التوازن المالي... الخ)

فعليه؛ تتجلى مظاهر الحوكمة في تلك الحقوق التي أقرها القانون ضمن دفتر الشروط للصفقة وهي بمثابة ضمانات في كل من طرفي العقد سواء كانت الإدارة كمصلحة متعاقدة أو المتعاقد الطرف.

الفرع الأول: ضمان رقابة المصلحة المتعاقدة لتنفيذ الصفقة العمومية: لمصلحة المتعاقدة حق في مراقبة تنفيذ صفقتها في مواجهة المتعاقد معها بهدف الوصول إلى إبرامها على أحسن وجه.

عليه وتدفعه له الإدارة كما لو كان العقد مثلاً عقد توريد أو عقد أشغال عامة الذي يمثل فيه المقابل ثمن الأشغال المتفق على تنفيذها⁽³⁵⁾.

يخضع المقابل المالي المستحق من المتعاقد المتعامل كان يكون مقاولاً في عقود الأشغال العامة مبدأ الثبات فلا يمكن المساس به أو تعديله إلا بموافقة الطرف المتعامل المتعاقد فيكون بذلك له حجية في مواجهة الإدارة ويعتبر قيده قانونياً عليها لا يحق لها المساس به بإرادتها المنفردة.

إلا أنه فقد أجاز المشرع الجزائري الخروج من قاعدة ثبات الأسعار في حالة حدوث تأخير في تنفيذ الصفقة دون أن يكون المتعامل هو المتسبب في ذلك طبقاً لنص المادة 4/66 من المرسوم رقم: 10-236⁽³⁶⁾.

تنفيذ العقد وتعديله وحققها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته المتعاقدة وحقوق والتزامات المتعامل المتعاقد معها (المقابل المالي- التفويض في حالة الإضرار به)

المحور الثالث: دور حوكمة الصفقات العمومية في الوقاية من الفساد ومكافحته

تعتبر الصفقات العمومية المجال الأكثر تعرضاً للفساد بشتى صوره، فنظراً لاعتبارها مكلفة للخزينة العامة بإعتمادات ضخمة أولاهها المشرع اهتماماً كبيراً بتجريمه وبقمعه لكل التجاوزات التي ترتكب أثناء إبرام أو تنفيذ الصفقات العمومية، لم يكتفي المشرع باتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لتنفيذ ذلك القمع وإتمام تلك المكافحة في قانون تنظيم الصفقات العمومية بكل تعديلاته بل تعدى ذلك إلى قانون خاص تبني عملية تعزيز الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة عند إبرام الصفقة العمومية وهو المتمثل في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته (قانون رقم: 01-06)⁽³⁷⁾ وبكل ما عرف من تعديلات.

فعليه؛ تعتبر عملية تجريم أفعال وسلوكيات ضمن مراحل إبرام تنفيذ الصفقات العمومية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته (قانون 01-06) المعدل والمتمم ردعاً عاماً إلى جانب الردع الخاص الوارد في قانون تنظيم الصفقات العمومية، فتعد مختلف المخالفات لنصوص قانون الصفقات العمومية جرائم متعددة نص عليها قانون الوقاية من

الفساد ومكافحته، إذن يمكن القول إنّ كل مخالفة للقواعد والمبادئ التي يوم عليها عملية تنظيم الصفقات العمومية والتي تجعل منها تتصف بالحوكمة جرائم اشتملها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أساسا ما تعلق بالشفافية والنزاهة والمنافسة المشروعة...الخ.

المطلب الأول: جنحة المحاباة في مجال الصفقات العمومية.

هناك عدة صور لمخالفات لقواعد وأحكام الصفقات العمومية تخرج عن إطار الحوكمة فتدخل بذلك في دوامة الفساد وما أقره المشرع في هذا المجال من جرائم الفساد وأحكام فمعاقبتها تتمثل تلك المخالفات في ثلاثة صور هي:

-مخالفة أحكام الصفقات العمومية قبل الشروع في الاستشارة (الفرع الأول)

-مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض (الفرع الثاني)

-مخالفة التشريع المعمول به في الصفقات العمومية بعد تخصيص الصفقة (الفرع الثالث)

الفرع الأول: مخالفة أحكام الصفقات العمومية قبل الشروع في الاستشارة: تتوفر هذه الحالة عندما يكون اللجوء غير مبررة للشراء بالفواتير فهذا يهدف تفادي إجراءات الوضع في المنافسة والمساس بالقواعد المتعلقة بإشهار إجراء الوضع في المنافسة كعدم نشر إعلان المناقصة في النشرة الرسمية للصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعين على المستوى الوطني⁽³⁸⁾.

غالبا ما تكون تجزئة الصفقة مرتبطة بتحرير فواتير مزورة سواء في المبلغ المذكور أو في التاريخ أو في طبيعة أداء الخدمة⁽³⁹⁾.

كما يعدّ المساس بالقواعد المتعلقة باعتماد المرشحين بمناسبة إجراء الوضع في المنافسة صورة من صور المحاباة كأن يقرر المتعامل العمومي إبعاد مؤسسة مؤهلة للفوز بالمشروع على حساب مرشح يضحى برضاه⁽⁴⁰⁾.

الفرع الثاني: مخالفة الأحكام المعمول بها في الصفقات العمومية أثناء فحص العروض.

أكدّ المشرع الجزائري على مبدأ الشفافية المنافسة ضمن إجراءات منح الصفقات العمومية بحيث لا يسمح بأي تفاوض مع المتعاملين بعد فتح الاضرفة وأثناء تقييم العروض للاختيار الشريك المتعاقد⁽⁴¹⁾ بهدف مبدأ المنافسة الشفافة إلى ضمان المساواة في الحظوظ بين المترشحين. فمن صور اختيار الفائز بالصفقة يغير وجه حق وبطريقة غير شرعية نذكر عدم احترام معايير الاختيار المعلن عنها والتي يتوجب احترامها ومخالفة إجراءات عملية مراجعة سعر الصفقة.

الفرع الثالث: مخالفة التشريع المعمول به في الصفقات العمومية يعد تخصيص الصفقة: إجراء تخصيص الصفقة العمومية قد يتبع بتنظيم صفقات تصحيحية أو بإبرام ملحقات مخالفة للتشريع المعمول به فبذلك تخصص الصفقات التصحيحية بدون مراعاة إجراءات الوضع في المنافسة فتتنظيم بإجراءات وهمية بعد نهاية الإشغال⁽⁴²⁾.

تظهر هذه الصورة في حالة القيام بتعديل الصفقة بصفة غير قانونية بإلغاء أداء خدمة لتفضيل مؤسسة ثم بعدها يتم إبرام ملحق مع تلك المؤسسة لإعادة تلك الخدمة بغرض الرجوع إلى الصفقة الأولى⁽⁴³⁾.

كما يمكن أن تقوم جنحة المحاباة أيضا في حالة خرق أحكام التأشير على الصفقة العمومية بغرض تفضيل أحد المتعاملين المتعاقدين بغرض منحه امتياز غير مبرر.

المطلب الثاني: جريمة استغلال نفوذ الأعوان العموميين للحصول على امتيازات غير مبررة.

تشير المادة 2/26⁽⁴⁴⁾ من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته إلى تلك الجريمة في مجال الصفقات العمومية فهي المادة التي حلت محل المادة 128 مكرر 2 من قانون العقوبات الجزائري الملغاة.

ضمن المشرع تلك الامتيازات غير المبررة في المادة 2/26 من قانون الوقاية من الفساد رقم: 01-06 المعدل والمتمم وهي التي قد تأخذ عدة

صور: الزيادة في الأسعار، التعديل في نوعية المواد وفي نوعية الخدمات، التعديل في أجال التسليم والتموين.

فيعد المساس ومخالفة تلك الأحكام التنظيمية في عقد الصفقة العمومية يشكل جريمة من جرائم الفساد فبذلك تكون مكافحتها بوضع العقاب يعني مكافحة الفساد ففيما تتمثل مظاهر كل صورة من صور الجريمة في مجال الصفقة العمومية؟

الفرع الأول: صورة الزيادة في الأسعار: عادة في مجال إرساء الصفقة على المتعاقد مع الإدارة المصلحة المتعاقدة تحترم هذه الأخيرة كل الإجراءات القانونية فتقوم بذلك لجنة البث بترتيب العطاءات للتوصل إلى أقلها ثمنا.

فتكون الجريمة قائمة في هذه الصورة على سبيل المثال في الأسعار المتعلقة بعقد إحاز الأشغال والتي تحتسب على أساس سعر الوحدة وفقا لدفتر الشروط المعد مسبقا إلا أن صاحب شركة المقاوله يقوم باقتراح أسعار أعلى من تلك المعمول بها في السوق الوطنية مستغلا في ذلك علاقته بمدير المؤسسة أو الهيئة الإدارية أو أحد الأعوان فيها⁽⁴⁵⁾.

فلو أبرم تاجر عقدا مع بلدية لتزويدها بأجهزة كمبيوتر كان السعر المعمول به عادة لا يتجاوز 50.000 دج للوحدة في حين طبق التاجر على البلدية سعر 70.000 دج مستغلا بذلك علاقته المتميزة مع رئيس البلدية⁽⁴⁶⁾.

الفرع الثاني: صورة التعديل في نوعية المواد وفي نوعية الخدمات: تتعلق هاتين الصورتين بكل من تعديل في نوعية المواد التي تتطلبها الإدارة من حيث الجودة والنوعية فيتعهد الفاعل بتقديم أقل جودة وبنفس الأسعار مستغلا في ذلك سلطة أو تأثير الأعوان العموميين في الهيئة أو الإدارة، نذكر على سبيل مثال إبرام عقد لتزويد البلدية بأجهزة من نوع رفيع (جودة ونوعية) فتم تزويدها بأجهزة من نوع آخر أقل جودة وبالسعر نفسه⁽⁴⁷⁾.

أما عن صورة التعديل في نوعية الخدمات فتتمثل في قيام الفاعل بإبرام عقد الصفقة مع إحدى هيئات الدولة تتعلق بنوعية معينة من الخدمات (أعمال الصيانة مثلا) تكون لأربعة مرات في السنة إلا أن المتعامل المتعاقد لا يقوم بها إلا مرة واحدة في السنة مستغلا علاقته مع احد أعوان هذه الهيئات⁽⁴⁸⁾.

الفرع الثالث: التعديل في آجال التسليم والتموين: يتعلق الأمر هنا بالتزام وتعهد المتعامل المتعاقد بتسليم ما هو مطلوب منه وفق عقد الصفقة المبرمة بينه وبين الإدارة (المصلحة المتعاقدة) وفق الآجال المحددة للتسليم والتموين في دفتر الشروط المعلن عنها مسبقا فيكون كل إخلال بذلك يعرض المتعامل المتعاقد للجزاءات التي تحددها الإدارة فتكون عادة غرامة على التأخير.

فمثلا نجد في صفقة الحجاز الأشغال يلتزم المتعامل المتعاقد بمدة محددة لإحجاز تلك الأشغال وهي المحددة في الصفقة فيتعهد تأخير إنجازها دون وجود سبب جدي يمنعه من إتمامها إلا أنه يستغل سلطته أو تأثير أحد مسؤولي الإدارة.

إضافة إلى النوعين السابقين من الجرائم نجد أيضا جرائم الرشوة في مجال الصفقات العمومية التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 27⁽⁴⁹⁾ من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته (قانون رقم: 06-01 المعدل والمتمم) والتي قد تكون بعدة صور نذكر منها قبض العمولات أو بأخذ فوائد بصفة غير قانونية أو بتلقي الهدايا.

من خلال مطالبي هذا المحور تبين على سبيل المثال لا الحصر دور تجريم المخلفات في مجال الصفقات العمومية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في ردع الفساد في مجال يهدد الاقتصاد الوطني فعندما نكرس حوكمة كل مراحل إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية نكون قد حققنا حماية ضد الفساد بشتى صوره التي تطرقنا إليها في البحث.

الخاتمة

تفشي جرائم الصفقات العمومية دفعت بالمشروع الجزائري إلى وضع منظومة قانونية لمكافحةها باتخاذ كل التدابير القانونية والتنظيمات والإجراءات الكفيلة بذلك مع أعماله لمدة آليات قانونية ووقائية وبتعزيزه لكل التشريعات المكافحة قصد تعزيز الشفافية والنزاهة والمنافسة الشريفة عند إبرام الصفقات العمومية وكذا احترام الإجراءات المتعلقة بإبرامها بعنوان حوكمة الصفقات العمومية وهذا من خلال قانون الوقاية من الفساد و مكافحته بكل تعديلاته أساسا (2010 و2011). وبعد ذلك تكريس المشروع الجزائري لقواعد مكافحة الفساد في مجال تنظيم الصفقات العمومية لدليل على سعيه للقضاء على كل صور الإجرام والتعدي على المال العام من جهة ومساره نحو حوكمة رشيدة للعملية تنظيم الصفقات العمومية بمختلف مراحلها (إبرام-تنفيذ-تعديل...الخ).

الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) مقال بعنوان "الحوكمة أسبابها، أهدافها، ودوافعها" منشور على موقع غرفة تجارة بغداد.
- (2) المرجع نفسه.
- (3) المرجع نفسه.
- (4) المرجع نفسه.
- (5) د/ نبيه جابر، الحوكمة معناها وأهميتها، نشر بتاريخ: 28 أكتوبر 2010.
- (6) من أبرزها نذكر أزمة شركتي انرون و ورلد كوم في الولايات المتحدة في عام 2001.
- انظر مقال د/ نبيهة جابر، المرجع السابق.
- (7) المرجع نفسه، منقول عن مجلة المدير المالي للكاتب عبد الحافظ الصاوي.
- (8) د/ نبيهة جابر، المرجع السابق.
- (9) ومن بينها نذكر: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية وبنك التسويات الدولية (BIS) ومؤسسة التمويل الدولية التابعة للبنك الدولي- انظر المقال الذي نشرته غرفة تجارة بغداد على الموقع السابق.
- (10) منهم البنوك، العاملين، حملة السندات، الموردين، العملاء.
- (11) انظر مقال غرفة تجارة بغداد، مرجع سابق
- (12) انظر مقال غرفة تجارة بغداد، مرجع سابق.
- (13) مثل قوانين سوق المال- الشركات- تنظيم المنافسة- منع الممارسات الاحتكارية والإفلاس.

- (14) مثل: البنوك وسوق المال.
- (15) مثل: البورصة والحاسبيين والحامين...الخ
- (16) المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المؤرخ في: 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم (ج ر عدد 58 المؤرخة 7 أكتوبر 2010 م)
- (17) التي تنص على أنه: "لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم.
- (18) ثياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية (رسالة دكتوراه)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 23 نوفمبر 2013، ص62.
- (19) التي تنص على أنه: "يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات التالية:
- المناقصة المفتوحة
 - المناقصة المحدودة
 - الدعوة إلى الانتقاء الأولي
 - المسابقة
 - المزايدة....."
- (20) التي تنص على أنه "يجوز إعلان المناقصة باللغة العربية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل، كما ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (2) (ن ر ص م ع) وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني..."
- (21) اللتان تنصان على التوالي على ما يلي:
- تؤسس بوابة الكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية..."
- يمكن المصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوى إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية، ويمكن أن يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة للمنافسة بالطريقة الالكترونية...."
- (22) نذكر منها: تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي وشروط التأهيل أو الانتقاء الأولي وموضوع العملية وكيفية المناقصة...الخ
- (23) كما نصت عليه المادة 29 من الدستور الجزائري التي تنص "كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي.
- (24) انظر ثياب نادية، المرجع السابق، ص 71، نقلا عن عزت عبد القادر، المناقصات والمزايدات في ظل أحكام القانون 1989، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص40.
- (25) سواء كانت تلك الوسائل التمييزية إجرائية أو واقعية (عملية).
- انظر: نادية، المرجع السابق، ص 72
- (26) التي تنص على أنه: "لنجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقة العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"

- (27) التي تنص على أنه "يجب أن تكون معايير اختيار المتعامل المتعاقد ووزن كل منها مذكورة إجباريا في دفتر الشروط الخاص بالمناقصة ويجب أن يستند هذا الاختيار على نظام تنقيط مؤسس لا سيما على ما يأتي:
- الصفقات التقنية و المالية
 - السعر والنوعية وأجال التنفيذ
- يمكن أن تستخدم معايير أخرى، بشرط أن تكون مدرجة في دفتر شروط المناقصة
- (28) التي تنص في الفقرة 2 منها ما يلي: يدرج إعلان المنح المؤقت للصفقة في الجرائد التي نشر فيها إعلان المناقصة عندما يكون ذلك ممكنا مع تحديد السعر وأجال الانجاز وكل العناصر التي سمحت باختيار صاحب الصفقة..."
- (29) زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات حمايتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، جامعة ورقلة (2011، 2012) ص (52، 53).
- (30) سبكي ربيعة، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية (مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون)، جامعة مولود معمري (كلية الحقوق والعلوم السياسية) تيزي وزو، 13-05-2013، ص (12-13)
- (31) المرجع نفسه، ص15، نقلا عن د/ محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، العدد الأول، 1997، ص200.
- (32) عادل، بوعمران، النظرية العامة للقوارب والعقود الإدارية (دراسة تشريعية فقهية وقضائية، دار الهدى، الجزائر 2010، ص108.
- (33) سبكي ربيعة، المرجع السابق، ص16، نقلا عن:
- Christophe lajoye, « Droit des marchés public, Berti éditions, Alger, 2007, P172.
- (34) اللتان تنصان على التوالي على ما يلي: تخضع الصفقات التي ترميها المصالح المتعاقدة للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده "تمارس على الصفقات مختلف أنواع الرقابة المنصوص عليها في هذا المرسوم كيفما كان نوعها وفي حدود معينة دون المساس بالأحكام القانونية الأخرى التي تطبق عليها
- (35) بن شعبان علي، "آثار عقد الأشغال العامة على طرفه في التشريع الجزائري" (بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه)، جامعة منتوري (كلية الحقوق والعلوم السياسية)، قسنطينة، 2011-2012، ص 160.
- (36) التي تنص على أنه: "...غير أنه يمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد وتطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة"
- (37) القانون رقم: 06-01 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحة (ج ر عدد 14 المؤرخة في 8 مارس 2006).
- (38) طبقا لنص المادة 49 من المرسوم رقم: 10-236.
- (39) زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص (61-62).

- (40) كما تمت الإشارة إليه في المادة 26 من القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المعدلة بموجب المادة 2 من القانون رقم: 11-15 المعدل والمتمم للقانون 06-01 والتي تنص على أنه: "... يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج؛
- كلّ موظف عمومي يمنح عمدا للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات"
- (41) عملاً بنص المادة 58 من المرسوم رقم: 10-236.
- (42) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص (جرائم الفساد المال والأعمال وجرائم التزوير، ج2، ط09، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص127.
- (43) المرجع نفسه.
- (44) التي تنص على أنه: "...1- كل موظف عمومي، يمنح عمداً، للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة، أو ملحق، مخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات..."
- مع الذكر أنها الفقرة المضافة بعد تعديل نص المادة 26 في القانون رقم: 11-15 المؤرخ في 20 فبراير 2011 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.
- (45) زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص92 نقلاً عن شروقي محترف الصفقات العمومية والجرائم المتعلقة بها في قانون الفساد (مذكرة مقدمة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2008.
- (46) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص130.
- (47) زوزو زوليخة، المرجع السابق، ص93.
- (48) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص130.
- (49) التي تنص على أنه: "... كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره، بصفة مباشرة أو غير مباشرة أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري..."

الفساد في مجال الصفقات العمومية وآليات مكافحته على ضوء قانوني الفساد والصفقات العمومية

أ. نادية عبد الرحيم
جامعة الجزائر (03)

مقدمة

أصبح الفساد، وبخاصة المالي والإداري، أحد الهموم العالمية في ظلّ جو من الانفتاح التجاري والمالي في الاقتصاد العالمي، إضافة الى النزعة نحو اللامركزية في اتخاذ القرار وتوزيع السلطات على عدد كبير من الموظفين والمدراء، مما أدى بصورة أو بأخرى إلى توفر بيئة مناسبة لانتشار مظاهره، كالرشوة والمحسوبية والواسطة... الخ. وتعتبر الصفقات العمومية من أخصب المجالات التي يمكن أن يمسها الفساد، لتوفرها على أموال ضخمة تسيل لعاب المفسدين، وتجعلهم لا يتوانون عن استخدام الطرق غير المشروعة للظفر بها.

الجزائر؛ لم تكن بمنأى عن هكذا ظاهرة، فالوفرة المالية التي استفاد منها الاقتصاد الجزائري، خاصة في ظل تخصيص أكثر من 400 مليار دولار لبرنامج الإنعاش الاقتصادي، ونيل الصفقات العمومية النصيب الأكبر لتطبيقه، إذ وبحكم طبيعتها وطبيعة الأموال الضخمة التي تقوم بتسييرها، فهي عرضة لمطامع عديد الجهات، مما ساهم في تنامي قضايا الفساد، خاصة تلك المتعلقة بقطاع الأشغال العمومية والري والطاقة... الخ، لما تحوزه هاته القطاعات على صفقات بأموال ضخمة تمثل مجالا خصبا للفساد بمختلف صوره.

وفي محاولة منه لحصر الظاهرة والتحكم فيها، قام المشرع الجزائري بإيلاء أهمية كبيرة لهاته الآفة في هكذا نوع من الصفقات، فضبطها وقنن تسيير أموالها لضمان حسن تدبيرها، إذ عمد إلى سنّ قوانين وتعديل أخرى لتشديد الخناق على المفسدين والحد من عبثهم بالمال العام الموجه لصالح المواطن الجزائري، كان أهمها؛ تعديل قانون الصفقات العمومية

خاصة ما جاء به المرسوم الرئاسي رقم: 12-23 المؤرخ في: 18 جانفي 2012 (عدل مرة أخرى بالمرسوم الرئاسي رقم: 13-03 المؤرخ في: 13 جانفي 2013 -الجريدة الرسمية عدد 02 لسنة 2013)، كما خص الفساد بقانون هو القانون 06-01 المؤرخ في: 20 فيفري 2006 (عدل بموجب الأمر 10-05 المؤرخ في: 26/08/2010 -الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2010-، ثم بموجب القانون رقم: 11-15 المؤرخ في: 02 أوت 2011 -الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2011)، وذلك بعد توقيع الجزائر على اتفاقية "ميريدا" ★ بالمكسيك في ديسمبر 2004، والمصادقة عليها في أبريل 2005. هاته التشريعات، حاولت سد منافذ التلاعب بالمال العام في مجال الصفقات العمومية وتثبيد الرقابة عليها، كما أقرت إجراءات لمحاربة ظاهرة الفساد في هاته الصفقات.

مما سبق، تبرز إشكالية بحثنا كالتالي: "كيف كافح قانون الصفقات العمومية وتعديلاته وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته وتعديلاته الفساد في مجال الصفقات العمومية؟".

ومحاولة منا للإحاطة بجوانب الموضوع، ارتأينا تقسيم بحثنا هذا كالتالي:

1. ماهية الصفقات العمومية وآلية الرقابة عليها في التشريع الجزائري؛
2. ماهية الفساد وعلاقته بالصفقات العمومية على ضوء قانون الفساد؛
3. تدابير الوقاية ضد الفساد التي أقرها قانون الصفقات العمومية؛
4. تدابير وإجراءات مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الفساد؛
5. آثار تفشي الفساد في مجال الصفقات العمومية ومدى نجاعة الإجراءات المتخذة في الحد منه.

1. ماهية الصفقات العمومية وآلية الرقابة عليها في التشريع الجزائري:
الصفقة العمومية هي عقد إداري مكتوب، يبرمه أحد أشخاص القانون العام: الدولة، البلدية، المؤسسة العامة ذات الطابع الإداري... الخ، في النظام القانوني الجزائري، مع أحد الأشخاص القانونية الأخرى، عام

أو خاص، طبيعي أو معنوي: كمقاول أو مورد...الخ، وفق شروط معينة ومحددة قانونا، بهدف إنجاز أو تنفيذ أشغال عامة أو توريدات أو أداء خدمة، على أن تسلك الإدارة المتعاقدة في ذلك أساليب القانون العام⁽¹⁾ ونجد أن المشرع الجزائري عرف الصفقات العمومية في قانون الصفقات العمومية، إذ جاء فيه أنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات، لحساب المصلحة المتعاقدة"⁽²⁾ (إدارة عمومية، هيئة وطنية مستقلة، ولاية، بلدية...الخ). كما يمكن أن تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إبرام ملاحق للصفقة، والتي هي وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، تبرم في حال كان الهدف زيادة الخدمات أو تقليلها و/أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة⁽³⁾

وبغية الحفاظ على المال العام، وترشيد استخدامه، وتوخي النجاعة في تسييره وإنفاقه؛ أقر المشرع الجزائري عدة أساليب للرقابة على الصفقات العمومية؛ بغية تفادي هدره، وتوخي أقصى درجات الشفافية للحفاظ عليه، لذا؛ تم وضع عدة مستويات للرقابة على هاته الصفقات، التي وبطبيعتها موجهة لخدمة الصالح العام.

تنفذ الرقابة على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، قبل دخولها حيز التنفيذ وقبل تنفيذها وبعده⁽⁴⁾، وذلك على ثلاث مستويات: رقابة داخلية، رقابة خارجية ورقابة الوصاية⁽⁵⁾؛

1-1- الرقابة الداخلية: هذا النوع من الرقابة على الصفقات العمومية تتكفل بتنفيذها لجنتين، هما: لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض.

1-1-1- لجنة فتح الأظرفة: وهي لجنة دائمة لدى كل مصلحة متعاقدة⁽⁶⁾، تتمثل مهمتها في:⁽⁷⁾

- تثبيت صحة تسجيل العروض على سجل خاص؛
- تعدد قائمة المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة عروضهم، مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة؛

- إعداد وصف مفصل للوثائق التي يتكون منها كل عرض؛
- توقع وبالأحرف الأولى على كل وثائق الأظرفة المفتوحة؛
- تحرير محضر أثناء انعقاد الجلسة، يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يشمل التحفظات المحتملة المقدمة من طرف أعضاء اللجنة؛
- دعوة المتعهدين، عند الاقتضاء كتابيا إلى استكمال عروضهم التقنية بالوثائق الناقصة المطلوبة، باستثناء، التصريح بالاككتاب وكفالة التعهد، عندما يكون منصوصا عليها، في أجل أقصاه 10 أيام، تحت طائلة رفض عروضهم من قبل لجنة تقييم العروض؛
- إرجاع الأظرفة غير المفتوحة الى أصحابها من المتعاملين الاقتصاديين؛
- في حال عدم جدوى الصفقة، تحرر اللجنة محضرا بعدم جدوى العملية،
- في حال استلام عرض واحد في أو في حال عدم استلام أي عرض، يوقعه الأعضاء الحاضرون.
- 1-1-2- لجنة تقييم العروض: هي لجنة دائمة لدى المصلحة المتعاقدة، يعين أعضاؤها من قبل مسؤول المصلحة، الذين تتنافى عضويتهم مع العضوية في لجنة فتح الأظرفة، ومن أجل الوصول إلى أحسن عرض أو عروض وتقدمها للمصلحة المتعاقدة؛ تسند لهاته اللجنة المهام التالية:
- تحليل العروض وبدائل العروض؛
- إقصاء العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولحتوى دفتر الشروط؛
- دراسة العروض على مرحلتين: الملف التقني ثم الملف المالي (لن قبلت عروضهم التقنية)؛
- تقديم مقترحات لقبول أو رفض أحسن عرض مقدم، إذا ثبت انه يترتب على ذلك هيمنة المتعامل المقبول على السوق، أو تسببه في اختلال المنافسة في السوق؛
- تبليغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية في إعلان المنح المؤقت للصفقة⁽⁸⁾

1-2- الرقابة الخارجية: تكلف بها عدة لجان، مكونة على عدة مستويات، كلجنة الصفقات التي تنشئها المصلحة المتعاقدة، اللجنة الوزارية للصفقات (تكلف بدراسة مشاريع الإدارة المركزية⁽⁹⁾)، اللجنة الولائية للصفقات، اللجنة البلدية للصفقات، اللجان الوطنية للصفقات، اللجان القطاعية للصفقات... الخ، إذ تكلف بالرقابة القبلية للصفقات العمومية⁽¹⁰⁾، وتقوم هاته اللجان بتقديم المساعدة في مجال تحضير الصفقات العمومية وإتمام ترتيباتها، وتقديم رأيها حول كل طعن يقدمه متعهد يفتح على اختيار المصلحة المتعاقدة⁽¹¹⁾، كما تقوم بدراسة دفاتر الشروط⁽¹²⁾. لذا فإن الرقابة الخارجية تهدف إلى:

- التحقق من مطابقة الصفقات للتشريع والتنظيم المعمول بهما؛
- التحقق من مطابقة التزام المصلحة المتعاقدة للعمل المبرمج بكيفية نظامية⁽¹³⁾؛

- تقوم بمراجعة عمل لجان الصفقات وإخضاعها للرقابة البعيدة⁽¹⁴⁾.
1-3- رقابة الوصاية: وتتمثل في رقابة السلطة الوصية، ودورها:
- التحقق من مطابقة الصفقات التي تبرمها المصلحة المتعاقدة لأهداف الفعالية والاقتصاد؛

- التأكد من كون العملية التي هي موضوع الصفقة تدخل فعلا في إطار البرامج والأسبقيات المرسومة للقطاع؛
- تسلّم تقرير تقييمي عن ظروف إنجاز والكلفة الإجمالية للصفقة، مقارنة بالهدف المسطر (حسب طبيعة النفقة الملتزم بها، يسلم التقرير لوزير، والي، رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، أو هيئة الرقابة الخارجية المختصة)⁽¹⁵⁾.

هاته المستويات من الرقابة، هدفها الرئيسي تتبع السير الحسن لتسيير المال العام وتفاذي استخدامه لغير ما رصد لأجله أو توجيهه لجهات لا تستحق الحصول عليه، بالإضافة إلى التأكد من أنه أنفق وفق التشريعات والتنظيمات المعمول بها قانونا.

2- ماهية الفساد وعلاقته بالصفقات العمومية على ضوء قانون الفساد: يعتبر الفساد، وخاصة المالي والإداري منه، من أخطر الظواهر السلبية التي يمكن أن تستشري في اقتصاد ما، إذ تعرفه منظمة الشفافية الدولية* على أنه "سوء استخدام المنصب العام لتحقيق مكاسب خاصة"، في حين يعرفه البنك الدولي على أنه "سوء استخدام السلطة أو الوظيفة الحكومية أو المنصب العام لغرض تحقيق مكاسب خاصة"، كما ورد تعريف الفساد في موسوعة العلوم الاجتماعية على أنه: "سوء استخدام النفوذ العام لتحقيق أرباح خاصة". وبشكل عام فإنّ غالبية التعاريف تدور حول أنّ الفساد هو سوء استخدام السلطة أو المنصب العام لغايات شخصية، ووفقا لتقرير منظمة الشفافية الدولية الصادر العام 2008، الفساد هو واحد من أكثر التحديات الهائلة التي تعترض الحكم الرشيد والتنمية والحد من الفقر⁽¹⁶⁾، إذ إنّ الفساد المالي والإداري والمتمثل في الكسب غير المشروع من الوظائف العامة والخاصة يؤدي إلى إيرادات مالية غير مشروعة، قد تبلغ المليارات من الدولارات في بعض الحالات، مما يفتح الباب أمام آفات اجتماعية أخرى كتبييض الأموال مثلا.

وبالتالي نجد أنّ الفساد هو استعمال الوظيفة العامة بجميع ما يترتب عليها من نفوذ وسلطة لتحقيق منافع شخصية، مالية وغير مالية، وبشكل مناف للقوانين والتعليمات. كما أنّه استغلال السلطة للحصول على ربح أو منفعة أو فائدة لصالح شخص أو جماعة أو طبقة بطريقة تشكل انتهاكا للقانون أو لمعايير السلوك الأخلاقي.

تمّ تجريم الفساد من قبل الأمم المتحدة وذلك عبر التوقيع على اتفاقية دولية لمكافحة الفساد: العام 2000م، إذ جرمت الاتفاقية أفعال: المشاركة في جماعة إجرامية منظمة، تبييض عائدات الجرائم، الفساد... الخ، وكلّ ما جرمته الاتفاقية له علاقة مباشرة بالجريمة المنظمة التي هي موضوع الاتفاقية.

إنّ مصطلح الفساد جديد في التشريع الجزائري، إذ لم يستعمل قبل العام 2006، كما لم يجرم في قانون العقوبات، غير أنّه بعد تصديق الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد العام 2004 بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 04-128 المؤرخ في: 19 أفريل 2004، كان لزاما عليها تكييف تشريعاتها الداخلية بما يتلاءم وهذه الاتفاقية، فصدر قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم: 06-01 المؤرخ في: 20 فيفري 2006 والذي جرم الفساد بمختلف مظاهره.

يعتبر الفساد من بين الجرائم التي تمس بالصفقات العمومية في الجزائر، وهو ما يشكل خطرا على اقتصادها ويهدد استقراره، إذ يهدف هذا القانون إلى:⁽¹⁷⁾

- دعم التدابير الرامية إلى الوقاية من الفساد ومكافحته؛
- تعزيز النزاهة والمسؤولية والشفافية في تسيير القطاعين العام والخاص؛
- تسهيل ودعم التعاون الدولي في هذا المجال.
- إذ جاء في بحر هذا القانون، وفي المادة 02 منه أنّ "الفساد هو كل الجرائم المنصوص عليها في الباب الرابع من هذا القانون، إذ قام المشرع بتصنيف جرائم الفساد إلى أربع أنواع هي: اختلاس الممتلكات والإضرار بها، الرشوة وما في حكمها، الجرائم المتعلقة الصفقات العمومية، التستر على جرائم الفساد⁽¹⁸⁾، فقام بتجريم:⁽¹⁹⁾
- رشوة الموظفين العموميين؛
- الامتيازات غير المبررة في مجال الصفقات العمومية؛
- الرشوة في مجال الصفقات العمومية؛
- رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية؛
- اختلاس الممتلكات من قبل موظف عمومي أو استعمالها على نحو غير شرعي؛
- الغدر؛★

- الإعفاء والتخفيض غير القانوني في الضريبة والرسم؛
 - استغلال النفوذ؛
 - إساءة استغلال الوظيفة؛
 - تعارض المصالح؛
 - أخذ فوائد بصفة غير قانونية؛
 - عدم التصريح أو التصريح الكاذب بالممتلكات؛
 - الإثراء غير المشروع؛
 - تلقي الهدايا؛
 - التمويل الخفي للأحزاب السياسية؛
 - الرشوة في القطاع الخاص؛
 - اختلاس الممتلكات في القطاع الخاص؛
 - تبويض العائدات الإجرامية؛
 - الإخفاء.
 - إعاقة السير الحسن للعدالة؛
 - المساس بالشهود والخبراء والمبلغين والضحايا؛
 - البلاغ الكيدي؛
 - عدم الإبلاغ عن الجرائم.
- لذا؛ نجد أنّ المشرع الجزائري قام بتجريم عديد المظاهر التي يكتسبها الفساد في القطاع العام، والتي كان من بينها: رشوة الموظفين العموميين، والامتيازات غير المبررة والرشوة في مجال الصفقات العمومية، لما تكتسبه هاته الصفقات من أهمية كبرى في الاقتصاد الجزائري.
- 3- تدابير الوقاية ضد الفساد التي أقرها قانون الصفقات العمومية:
- بالإضافة إلى أساليب الرقابة التي أقرها هذا القانون (قانون الصفقات العمومية بتعديلاته) ومختلف المستويات والجهات التي تكلف بها، قام المشرع الجزائري بإقرار عديد التدابير التي -حسبه- كفيلة بأن تحارب أي ممارسات غير قانونية تطرأ على تنفيذ الصفقات العمومية، ونجد من بين هاته التدابير:

- مراعاة مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات⁽²⁰⁾؛

- يقصى بشكل مؤقت أو نهائي من هاته الصفقات، من قاموا بتصريح كاذب، من لا يستوفون واجباتهم الجبائية وشبه الجبائية، المسجلين في البطاقة الوطنية لمرتكي الغش، مرتكي المخالفات الخطيرة للتشريع والتنظيم في مجال الجبائية والجمارك والتجارة، الذين كانوا محل إدانة بسبب مخالفات خطيرة لتشريع العمل والضمان الاجتماعي⁽²¹⁾؛

- يمكن أن تلغى الصفقة إذا ثبت تقديم أو وعد بتقديم، أي امتياز أو تخصيص أو مكافأة، مهما كانت طبيعتها، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لعون عمومي بغرض الظفر بالصفقة، كما يمكن أن تكون سببا في الإدراج ضمن المتعاملين الاقتصاديين المنوعين من تقديم عروض للصفقات العمومية⁽²²⁾؛

- عندما تتعارض المصالح الخاصة لموظف عمومي، يشارك في إبرام أو تنفيذ أو مراقبة صفقة عمومية مع المصلحة العامة، ويكون من شأن ذلك التأثير على ممارسته لمهامه بشكل عاد، فإنه يتعين عليه التنحي من هذه المهمة بإخطار سلطته السلمية بذلك⁽²³⁾؛

- تتنافى العضوية و/أو صفة مقرر في لجنة الصفقات العمومية مع العضوية في لجنة فتح الأظرفة أو لجنة تقييم العروض، وذلك عندما يتعلق الأمر بنفس الملف⁽²⁴⁾؛

- لا يمكن للمصلحة المتعاقدة، ولمدة 05 سنوات، أن تمنح عقدا بأي شكل من الأشكال، لموظفيها السابقين الذين توقفوا عن أداء مهامهم⁽²⁵⁾؛

- لا يمكن للمتعامل الاقتصادي المتعهد في صفقة عمومية أن يكون في وضعية نزاع مصالح ذي علاقة بالصفقة المعنية، وفي حال ظهور هاته الوضعية، فإنّ عليه إعلام المصلحة المتعاقدة⁽²⁶⁾؛

- لا يمكن للمتعامل الاقتصادي الحائز على صفقة عمومية، في حال اطلاعه على معلومات تمنحه امتيازاً عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى، المشاركة فيها، إلا إذا اثبت أنّ ما مجوزته من معلومات لا يخل بمبدأ

حرية المنافسة، وفي هاته الحالة يجب على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات المبلغة في دفتر الشروط تبقى على المساواة بين المرشحين⁽²⁷⁾؛ -يلزم الأشخاص المكلفون بالمراقبة في الصفقات العمومية بالسر المهني⁽²⁸⁾؛

هاته الإجراءات والتي أقرها قانون الصفقات العمومية، جاءت بغرض توخي أقصى قدر من الشفافية في مجال منح الصفقات العمومية، وتوجه الصفقة لمن يستحقها فعلا.

4- تدابير وإجراءات مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية على ضوء قانون الفساد:

لم يغفل المشرع الجزائري عن ما يمكن أن يلحق بالصفقات العمومية من فساد، إذ أقر في هذا القانون، بعض التدابير التي من شأنها محاربتة، إذ خصها في عدة مواد منه؛ كالمادة 09 و10 و11... الخ، حيث شدد على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة في هاته الصفقات، ومن بين ما جاء في هاته المواد:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقة العمومية؛
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء؛
- وضع معايير موضوعية ودقيقة لاتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية،
- ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد إبرام الصفقات العمومية،
- تبسيط الإجراءات الإدارية؛
- نشر معلومات تحسيسية عن مخاطر الفساد في الإدارة العمومية.
- كما لم يُغفل المشرع جانب الموظفين العموميين، إذ نبه إلى ضرورة وضع مدونات وقواعد سلوكية للموظفين العامين لضمان الأداء السليم والنزاهة لما تم تكليفهم به، إذ جاء في بعض مواد:
- يراعى عند توظيف مستخدم القطاع العام؛ مبادئ النجاعة والشفافية والمعايير الموضوعية، مثل الجدارة والإنصاف والكفاءة،

- بالإضافة إلى تطبيق الإجراءات المناسبة لاختيار وتكوين الأفراد المرشحين لتولي مناصب عمومية تكون أكثر عرضة للفساد؛
 - أجور ملائمة بالإضافة إلى تعويضات كافية؛
 - إعداد برامج تعليمية وتكوينية ملائمة، لتمكين الموظفين العموميين من الأداء الصحيح والسليم والنزيه لوظائفهم؛⁽²⁹⁾
 - إلزامية التصريح بامتلاكاتهم؛⁽³⁰⁾

كما لم يستثن هذا القانون القطاع الخاص في محاربته للفساد، كونه طرفا رئيسيا في هكذا قضايا، إذ شدد على ضرورة اتخاذ تدابير لمنع ضلوع القطاع الخاص في الفساد، كتعزيز التعاون بين الأجهزة التي تقوم بالكشف عن هكذا ممارسات، تعزيز الشفافية في هذا القطاع، الوقاية من الاستخدام السيئ للإجراءات التي تنظم كياناته، بالإضافة إلى تدقيق حسابات المؤسسات الخاصة بالتحقق من مسكها لحساباتها المحاسبية وفق الطرق السليمة.

كما أقر هذا القانون، إحداث "الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته"، هذه الأخيرة التي تعتبر سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهي الهيئة التي أناط بها المشرع مهمة تنفيذ الإستراتيجية الوطنية في مجال مكافحة الفساد، كما تقترح سياسة شاملة للوقاية من الفساد عن طريق تقديم توجيهات استشارية. كما أقر هذا القانون عقوبات وجزاءات مختلفة باختلاف الجرم المرتكب، تنوعت ما بين: عقوبات بالحبس وإقرار غرامات مالية، بالإضافة إلى تجميد أو حجز العائدات أو الأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من جرائم الفساد.

5- آثار تفشي الفساد في مجال الصفقات العمومية ومدى نجاعة الإجراءات المتخذة في الحد منه:

إنّ تفشي الفساد في مجال الصفقات العمومية، يمكن أن يمارس على مستويين اثنين: عملية منح الصفقات لمن لا يستحقها من جهة، وعملية الغش في تنفيذ هاته الصفقات من جهة ثانية، وهو ما يجعله من الخطورة بما كان بأن يتسبب في:

- هدر المال العام وتسربه بدل استثماره في ما يخدم الصالح العام؛
- إرهاب الخزينة العمومية واستنزاف أموالها؛
- زيادة تكلفة المشاريع بالإضافة إلى سوء الإنجاز والافتقار للجدوى الاقتصادية؛
- تردي الخدمة العمومية وعدم القدرة على توفير الخدمات الأساسية للمجتمع؛
- إضعاف شرعية الدولة وسلطتها.

ونجد أنّه وبالرغم من الإصلاحات التي باشرتها الجزائر في مجال مكافحة الفساد وإصلاح القطاع العام، ومحاولة الوصول إلى ترشيد تسيير الأموال العمومية، من إصدار لقوانين وتعديلها بما يتماشى ومتطلبات الاقتصاد الجزائري، إلّا أنّ النتائج المسجلة في هذا المجال لا تعكس نتائج ايجابية لهذه الإصلاحات، إذ ويوما بعد يوم، لا تخلو الجرائد ولا المحاكم من فضائح الاختلاسات والتلاعب بالمال العام، ومنح لصفقات بطرق غير قانونية واستغلال لمنصب في إثراء غير مشروع... الخ، مما يجعلنا نتساءل عن مدى نجاعة القوانين والإجراءات المطبقة في الحد من هكذا ظواهر.

فالمطلع؛ على سبيل المثال؛ على النتائج التي سجلتها الجزائر في السنوات العشر الأخيرة، والمراتب التي احتلتها في تقارير * منظمة الشفافية الدولية، سيلمس؛ من دون شك؛ حجم الفساد المستشري في الدولة.

ففي هاته التقارير؛ صنفت الدول حسب مدركات الفساد (مقياس انتشار الفساد - IPC: Indice de Perception de la Corruption)، أين يعتمد فيها على سلم قياس من 00 نقطة إلى 10 نقاط، وتعتبر الدولة المتحصلة على معدل 00 فاسدة جدا، والدولة المتحصلة على معدل 10 نظيفة جدا، وبالإجمال كلّ دولة تتحصل على معدل أقل من 04 تعتبر فاسدة، وتختلف درجة الفساد من دولة إلى أخرى. يستند في إعداد هذا المؤشر على معلومات مستقاة من مصادر متعددة، آراء رجال أعمال وأكاديميين، محليي مخاطر، منظمات غير حكومية... الخ.

أدرجت الجزائر، لأول مرة، في تقارير منظمة الشفافية الدولية العام 2003م، حيث صنفت في المرتبة 88 عالميا ضمن 133 دولة تم إدراجها في القائمة، إذ تحصلت على 2.6 نقطة من مجموع عشر نقاط، وجاءت نتائج العشر سنوات كالتالي:

النتائج المسجلة من قبل الجزائر حسب تقارير منظمة الشفافية الدولية للفترة: 2003-2013

السنة	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
المعدل	2.6	2.7	2.8	3.1	3.0	3.2	2.8	2.9	2.9	3.4	3.6

المصدر: من إجاز الباحث، بالاعتماد على تقارير منظمة الشفافية الدولية للفترة 2003-2013، متاحة على الموقع: www.transparency.org

المتمعن في هاته النتائج، سيجد أن معدلات الفساد وخاصة الرشوة، المسجلة العام 2013، لم تختلف كثيرا عن تلك المسجلة العام 2003، بالرغم من الإجراءات الجديدة المطبقة والقوانين التي تم تشريعها ومن ثم تعديلها والهيئات التي تم استحداثها لهذا الغرض، إذ سجلت الجزائر تحسنا بدرجة واحدة فقط!، مما يضعنا أمام حقيقة عجز القوانين الحالية على القضاء على ظاهرة الفساد المستشري في الاقتصاد الجزائري. علاوة على ذلك، وعلى الرغم من الجهود المبذولة، إلا أن كل التقارير تشير إلى أن الجزائر من بين الدول الأقل تنافسية بسبب الفساد وسوء التسيير، حيث احتلت المرتبة 110 من بين 144 دولة حسب تقرير التنافسية العالمي لسنة 2012، كما جاء في تقرير التنافسية العربية الصادر عن المعهد العربي للتخطيط أن الجزائر من بين الدول التي يجب عليها محاربة الفساد الإداري، لأن مستويات الفساد فيها مرتفعة بشكل ملحوظ، وتعتبر الرشوة واستغلال النفوذ من أهم مظاهر الفساد في الجزائر⁽³¹⁾

وتعتبر الإدارات المسؤولة عن الصفقات العمومية من أبرز القطاعات من حيث تفشي الرشوة، ما يدل على أن قانون الصفقات العمومية الجزائري به من الثغرات ما يجعله قابلا للتحويل، بدليل الفضائح التي تسجل على مستوى المشاريع العمومية المنجزة، بسبب سوء الإنجاز أو كلفتها المبالغ في تقديرها مثل تلك التي سجلها مشروع الطريق السيار شرق-غرب؛ الذي رصدت له أموال طائلة، لكن ما لبثت

عيوب الانحاز تظهر الواحدة تلو الأخرى حاله حال غيره من الطرقات المنجزة على المستوى الوطني، ناهيك عن تكلفته التي ارتفعت لأكثر من 10 مليارات دولار بعد ما كانت الدراسات قد حددت تكلفة بـ: 07 مليارات دولار فقط، كما لا ننسى فضيحة سونطراك 1 وسونطراك 2، وما انجر عن منح صفقات الشركة بالتراضي مخالفين بذلك القوانين والتنظيمات المعمول بها، وغيرها من القضايا التي تعج بها المحاكم الجزائية، بدليل ما سجلته مصالح الشرطة القضائية والتابعة للدرك الوطني، 09 قضايا متعلقة باختلاس وتبييد الأموال وذلك في السداسي الأول من العام 2013 وحده.⁽³²⁾

كما أنه وباعتراف لوزير العدل حافظ الأختام محمد شرفي (2013/08/01)، فإنّ قانون مكافحة الفساد يعاني من نقائص تمّ الكشف عنها في الميدان، قائلاً: إنّ من الضروري معالجتها من خلال تعديل بعض موادّه بغرض تعزيز ميكانيزمات ووسائل مواجهة ومحاربة هذه الظاهرة، والتي تتعلق أساساً بحماية الشهود والمبلغين وكذا إجراءات استرجاع الأموال الناتجة عن الفساد.

خاتمة:

تطرقنا في بحثنا هذا لماهية الصفقات العمومية ومختلف أساليب الرقابة عليها على ضوء قانون الصفقات العمومية، وبخاصة ما ورد في التعديل الوارد في المرسوم الرئاسي رقم: 12-23 (2012/01/18)، وربطها بظاهرة الفساد التي تمس هكذا صفقات وذلك على ضوء القانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (2006/02/20)، ومختلف التدابير التي أقرها لمحاربة هكذا ظاهرة في هكذا صفقات، ثم تطرقنا لآثار هاته الظاهرة ومدى نجاعة هاته القوانين في الحد من هكذا ممارسات من شأنها تخريب الاقتصاد الوطني، والعصف بأية محاولة للتهوؤ به وإحاقه بركب الدول المتطورة، وكبح أي جهود للتنمية المستدامة، إذ خلصنا إلى تسجيل عدم نجاعة قانوني الصفقات العمومية والفساد؛ في محاربة الفساد

في مجال الصفقات العمومية، ما يستلزم إعادة النظر فيهما وتعديلها وسد الثغرات المسجلة بهما.

التوصيات

من بين الأساليب التي يمكن عن طريقها مكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية وتجنب سلبات هاته الظاهرة المدمرة، نذكر ما يلي:
-فضح المفسدين وجعلهم عبرة لمن يعتبر يجعل العقوبات المسطرة عليهم تتماشى وحجم الجرم المرتكب، عقوبات رادعة ترهب جميع من تسول له نفسه ارتكاب هكذا جرم.

-نشر المعلومات الاقتصادية والمالية، فالتعتيم وإخفاء المعلومات والإحصائيات يعدّ من أساليب الفساد، فمن خلال نشرها نفتح المجال لتحسين بيئة الأعمال ووضع نظم قوية تعزز الأساليب الردعية والمحاربة لهاته الظاهرة.

-الإرادة السياسية الجادة والفعالية معززة بالإرادة الشعبية.
-إعادة النظر في سلم الأجور الحكومية والتي عادة ما تكون منخفضة مما يدفع بالموظفين للتوجه لأساليب ملتوية للحصول على ما يسدون به حاجاتهم.

-تقليل التعقيد في الأنظمة الإدارية ومحاربة البيروقراطية.
-التوجه لتقديم خدمات عن طريق الحكومة الالكترونية، التي تساهم في خفض نسبة الفساد؛ لخفضها نسبة الاحتكاك البشري.
-التنبيه ونشر الوعي بأنّ الفساد يعدّ من العقبات والكوابح للتنمية، وله عواقب وخيمة على جميع المستويات، اقتصادية اجتماعية سياسية...الخ.
-زيادة التعاون الدولي في هذا المجال، خاصة بعدما اتخذت هاته الظاهرة طابعا دوليا.

-عدم الاكتفاء بسن القوانين، بل بالتنفيذ الجاد لها.
الهوامش والمراجع المعتمدة

★ اتفاقية ميريدا: وهي اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي تم التوقيع عليها بمدينة ميريدا المكسيكية، إذ تعتبر من أهم الاجازات التي تحققت على المستوى الدولي ضمن الأنشطة والقرارات الهامة للجمعية العامة للأمم المتحدة، حيث قررت الجمعية العامة في اجتماعها اليوم: 2000/12/04م إنشاء لجنة مخصصة للتفاوض بشأن صك قانوني دولي لمكافحة الفساد يسمى "اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد". الاتفاقية مكونة من ثمانية فصول كل فصل يحتوي عدد من المواد وإجمالي مواد الاتفاقية (71) مادة. تم التوقيع على الاتفاقية قبل نهاية العام 2003م، وكان بدء التنفيذ الفعلي للاتفاقية في ديسمبر العام 2005م.

(1) عزوي عبد الرحمان، "النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الإداري طبقا لقانون الصفقات العمومية الجزائرية سنة 1991 المعدل"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 13، 2000، ص: 197.

(2) المادة 02 والمادة 04 والمادة 10، قانون الصفقات العمومية، الأمانة العامة للحكومة، رئاسة الجمهورية، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، 2013، [ص، ص، ص]: [03\05\08] -بتصرف-.

(3) المادة 103، قانون الصفقات العمومية، مرجع سبق ذكره، ص: 37 -بتصرف-.

(4) المادة 116، المرجع أعلاه، ص: 43 -بتصرف-.

(5) المادة 117، المرجع أعلاه، ص: 43 -بتصرف-.

(6) المادة 121، المرجع أعلاه، ص: 46 -بتصرف-.

(7) المادة 122، المرسوم الرئاسي 12-23، المؤرخ في: 18/01/2012، الجريدة الرسمية عدد 04، ص: 17 -بتصرف-.

(8) المادة 125، المرسوم الرئاسي 13-03، المؤرخ في: 13/01/2013، الجريدة الرسمية عدد 02، ص: 07 -بتصرف-.

(9) المادة 133، المرسوم الرئاسي 12-23، مرجع سبق ذكره، ص: 19 -بتصرف-.

(10) المادة 128، المرسوم الرئاسي 13-03، مرجع سبق ذكره، ص: 07 -بتصرف-.

(11) المادة 130، قانون الصفقات العمومية، مرجع سبق ذكره، ص: 47 -بتصرف-.

(12) المادة 132، المرسوم الرئاسي 12-23، مرجع سبق ذكره، ص: 19 -بتصرف-.

(13) المادة 126، قانون الصفقات العمومية، مرجع سبق ذكره، ص: 46 -بتصرف-.

(14) المادة 126 مكرر، المرسوم الرئاسي 12-23، مرجع سبق ذكره، ص: 12 -بتصرف-.

(15) المادة 127، قانون الصفقات العمومية، مرجع سبق ذكره، ص: 05 -بتصرف-.

★ - منظمة الشفافية الدولية: (بالإنجليزية Transparency International) يرمز لها اختصارا (TI) منظمة دولية غير حكومية معنية بالفساد، إذ تعتبر من أكبر منظمات المجتمع المدني في العالم، وقام بيتر آجن، مدير البنك الدولي السابق، بتأسيس هذه المنظمة غير الحكومة الفريدة من نوعها العام 1993م، والتي أخذت على عاتقها محاربة الفساد بصفته آفة العصر الأولى والذي يمثل أكبر عائق أمام التطور الاقتصادي والديمقراطي في دول العالم بصورة عامة والثالث بصورة خاصة. تملك هذه المنظمة اليوم فروعاً في أكثر من 100 دولة، وتشتهر عالمياً

- بتقريرها السنوي "مؤشر مدركات الفساد"، وهو قائمة مقارنة للدول من حيث انتشار الفساد حول العالم، مقر المنظمة الرئيسي يقع في برلين-ألمانيا.
- (16) أرقام وإحصائيات المنظمة العربية لمكافحة الفساد، 3 تريليونات دولار سنوياً خسائر الدول من أنشطة تحالف السلطة ولصوص المال العام في الدول النامية، متاح على: <http://www.arabanticorruption.org>، تاريخ الاطلاع: 2012/02/16.
- (17) المادة 01، قانون رقم: 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المؤرخ في: 2006/02/20، وزارة العدل، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الطبعة الأولى، 2006، ص: 03.
- (18) حاحة عبد العالي، "الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر"، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر -بسكرة-، 2013، ص: 25.
- (19) القانون رقم: 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سبق ذكره، ص: 03.
- ★ - الغدر: كل موظف عمومي يطالب أو يتلقى أو يشترط أو يأمر بتحصيل مبالغ مالية يعلم أنها غير مستحقة الأداء أو مجاوز ما هو مستحق سواء لنفسه أو لصالح الإدارة أو لصالح الأطراف الذين يقوم بالتحصيل لحسابهم.
- (20) المادة 03، قانون الصفقات العمومية، مرجع سبق ذكره، ص: 05 -بتصرف-.
- (21) المادة 52، المرسوم الرئاسي 12-23، مرجع سبق ذكره، ص: 12.
- (22) المادة 61، قانون الصفقات العمومية، مرجع سبق ذكره، ص: 29 -بتصرف-.
- (23) المرجع أعلاه.
- (24) المادة 61 مكرر، المرسوم الرئاسي 12-23، مرجع سبق ذكره، ص: 14 -بتصرف-.
- (25) المرجع أعلاه.
- (26) المادة 61 مكرر 1، المرسوم الرئاسي 12-23، مرجع سبق ذكره، ص: 14 -بتصرف-.
- (27) المرجع أعلاه.
- (28) المادة 72 مكرر، المرسوم الرئاسي 12-23، مرجع سبق ذكره، ص: 15 -بتصرف-.
- (29) المادة 03، القانون رقم: 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، مرجع سبق ذكره، ص: 05.
- (30) المادة 04، المرجع أعلاه.
- ★ - "مؤشر مدركات الفساد": وهو قائمة مقارنة للدول من حيث انتشار الفساد حول العالم.
- (31) حياة صغيور ويونس قرواط، "الأبعاد المختلفة للعلاقات بين غسيل الأموال والاقتصاد الرسمي وغير الرسمي -دراسة حالة الجزائر-"، الملتقى الوطني حول: مكافحة تبييض الأموال في المؤسسات المالية الجزائرية - الواقع والتحديات-، يومي 04 و05 مارس 2013 بجامعة سعد دحلب -البليدة-، [ص-ص]: [06-07].
- (32) الشرطة القضائية، "حصيلة نشاطات الدرك الوطني في إطار مكافحة الإجرام والجريمة المنظمة خلال السداسي الأول لسنة 2013"، متاح على الموقع الإلكتروني: <http://www.mdn.dz>، تاريخ الاطلاع: 2013/12/09.

التعاون الدولي في مكافحة الفساد في الصفقات العمومية

د. مرسللي عبد الحق
المركز الجامعي لتاهنغست

مقدمة

المجتمع الدولي كالمجتمع الوطني يقوم على نظام مترابط الأجزاء لا يمكن تحقيق التعايش فيه من دون تكامل عناصره وانسجامها، فالقضاء على الجرائم التي تنخر كيانه لا يتحقق إلا بتضافر الجهود بين كل من له دور في الساحة الدولية، ومادامت العلاقات الاقتصادية تضاعفت على المستوى الكمي والنوعي فنجد أن المشاكل التي تترتب عن ذلك تتجاوز الحدود الوطنية وبالتالي يقتضي حلّها تدخل كل دولة لها صلة بالجريمة. ولعل البحث في هذا الموضوع يجرنا إلى التطرق إلى أكثر الجرائم انتشارا على المستوى الدولي وهي جريمة الفساد.

وقد يقتضي التحقيق والتحري عن جريمة الفساد تجاوز الحدود الوطنية للدولة التي لها الاختصاص بحسب القواعد التقليدية للقانون الدولي تطبيقا لمبدأ السيادة الوطنية، وتكريسا لهذا المبدأ نجد أن متابعة مرتكبي جرائم الفساد في مآمن عن المتابعة الجزائية من قبل دولهم إذا حدث وخرجت إحدى عناصر الجريمة من الدولة الأصلية، لذا اهتمت المجموعة الدولية على المستوى العالمي والاقليمي وحتى الثنائي بهذا الانشغال عندما وضعت مجموعة من الاتفاقيات الدولية هدفها حصر جريمة الفساد لا سيما تلك التي تتعلق بالصفقات العمومية، ونصت على مجموعة من الآليات الدولية للتعاون الدولي بينها.

والإشكال المطروح في هذا السياق هو ما هي مجمل آليات التعاون الدولي لمكافحة الفساد في مجال الصفقات العمومية؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا توزيع الدراسة في ثلاثة محاور: الأول يخص التعاون لمكافحة الفساد في الصفقات العمومية على المستوى العالمي والثاني نتناول فيه

التعاون لمكافحة الفساد في الصفقات العمومية على المستوى الاقليمي والحوار الثالث خصصناه لدراسة النقائص والبدايل المتعلقة بالفساد في الصفقات العمومية.

المحور الأول: الاتفاقيات الدولية العالمية المتعلقة بالتعاون لمكافحة الفساد في الصفقات العمومية.

لقد تبنت المجموعة الدولية اتفاقيتين أساسيتين في موضوع مكافحة الفساد بما في ذلك المتعلق بالصفقات العمومية، تتمثل في أساسا في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، هذا بالإضافة إلى اتفاقيات دولية عالمية أخرى لا تتناول موضوع الفساد بشكل مباشر كتلك المتعلقة بغسيل الأموال، والملاحظ أنّ اعتبار الفساد جريمة دولية لا يجعلها تقارن مع غيرها من الجرائم الدولية المعروفة كجرائم الحرب والجرائم ضد الانسانية وجريمة العدوان.

1- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد: تمّ اعتماد اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في: 31 أكتوبر 2003 ونصت على مجموعة من آليات التعاون الدولي في مجال مكافحة الفساد في الفصل الرابع، والجدير بالذكر أنّ الاتفاقية تناولت الفساد عموما بما فيه الفساد في مجال الصفقات العمومية بحيث نصت على التزام الدول الأطراف ببعض المبادئ المتعلقة بالمشتريات العمومية وإدارة الأموال العمومية، ومن هذه المبادئ والتدابير نصت على الشفافية والتنافس بناء على معايير موضوعية في اتخاذ القرارات في مجال المشتريات العمومية، النشر الواسع للمعلومات المتعلقة بالمناقصات والمشتريات، الوضع المسبق لشروط المشاركة وإرساء العقود وقواعد المناقصات العمومية ونشرها، وضع سبل للإنصاف والطعن على المستوى الداخلي في حال عدم احترام القواعد القانونية في مجال الصفقات العمومية⁽¹⁾.

ولقد نصت الاتفاقية على التزام الدول بالتعاون مع بعضها البعض في المسائل الجنائية بالتوافق والتناسب مع نظمها القانونية المختلفة ذات الصلة بالفساد، وفي هذه السياق يمكن للدول أن تتحلل من التزامها

بالتعاون بحجة عدم توافق القانون الداخلي مع القانون الدولي، الأمر الذي نراه يتعارض مع أسس القانون الدولي التي تنص على أنه لا يجوز للدول أن تتحلل من مسؤوليتها الدولية بالاحتجاج بالقانون الداخلي مثلما ورد في القضاء الدولي في قضية مصنع شورزو وقضية ألاباما. ووضعت اتفاقية الأمم المتحدة في هذا السياق عدة أدوات قانونية تشكل قنوات للتعاون الدولي وهي تسليم المجرمين، نقل الأشخاص المحكوم عليهم، المساعدة القانونية المتبادلة، نقل الإجراءات الجنائية، التعاون في إنفاذ القانون، التحقيقات المشتركة، أساليب التحري الخاصة، التعاون في استرداد الموجودات.

أ- تسليم المجرمين: أخضعت الاتفاقية نظام تسليم المجرمين إلى بعض الأحكام التي تشترطها القوانين الداخلية في أغلب دول العالم لكي لا يس ذلك بالسيادة الدول، ومنها أن تكون الجريمة المطلوب التسليم بشأنها تعتبر كذلك في قوانين كلا الدولتين؛ الدولة الطالبة للتسليم والدولة المتلقية للطلب⁽²⁾. ويستثنى من ذلك قبول الدولة المتلقية للطلب إذا كان قانونها الداخلي يسمح بذلك والجريمة منصوص عليها كذلك وفقا للاتفاقية بالرغم من عدم تجريم الفعل في قانون الدولة المتلقية للطلب ذلك، ويعد هذا من الخصوصيات التي استحدثتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد التي فتحت إمكانية التنازل عن شرط التجريم المزدوج⁽³⁾.

أما فيما يتعلق بتكليف الجرائم المتعلقة بالفساد فلا يجوز للدول الأطراف اعتبار أي من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية جرائم سياسية إذا طلب منها تسليم أي متهم في حال ما إذا اعتمدت هذه الاتفاقية أساسا لطلب التسليم، وتلتزم الدول الأعضاء في الاتفاقية بأن تدرج مجموع الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية ضمن الجرائم القابلة للتسليم بشأنها⁽⁴⁾.

وفي الواقع إنّ اللجوء إلى آلية تسليم المجرمين يرجع إلى القرن التاسع عشر عندما كانت الدول تبرم معاهدات من أجل إعادة الجناة الخطيرين إلى الدول التي تطالبهم من أجل الملاحقة، وأُبرمت العديد من الدول اتفاقيات ثنائية متعلقة بالتسليم لكنها كانت تختلف من حيث الجرائم المعنية بذلك، في حين كانت أغلب التشريعات العالمية تشترط معاهدة خاصة من أجل التسليم، وبدأت بعدها العديد من الدول في اعتماد تشريعات عقابية تسقط شرط وجود اتفاقية ثنائية متعلقة بالتسليم⁽⁵⁾.

ولقد نصت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد على التزام الدول التي تشترط وضع اتفاقيات خاصة من أجل التسليم بأن تبلي الأمين العام للأمم المتحدة عن الأساس المعتبر من أجل التسليم بين الاتفاقية أو اتفاقيات خاصة، وفي الحالة الثانية تتعهد الدول الأطراف التي لا ترضى بأن تكون اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أساسا للتسليم بأن تبرم معاهدات خاصة بالتسليم مع الدول الأعضاء الأخرى⁽⁶⁾. وفيما يتعلق بشروط تسليم المجرمين فالاتفاقية تحيلها إلى القانون الداخلي للدولة متلقية الطلب أو إلى الاتفاقية المبرمة في هذا الشأن بين الدول المعنية، وأجازت الاتفاقية للدولة التي تلقت طلبا للتسليم خاص بشخص موجود على إقليمها أن تحتجزه من أجل تسليمه متى اقتنعت بضرورة وتبرير ذلك. أمّا إذا كان الشخص المطلوب تسليمه من مواطني الدولة التي تلقت الطلب ورفضت لذلك طلب التسليم فإنّها تلتزم بإحالة القضية أمام الجهات المختصة من أجل متابعتها جزائيا باعتبارها جرما خطيرا في قانونها الداخلي ويتم التنسيق والتعاون بين الدول المعنية في مجال الإثبات والتحقيق، ولكن ضمنت الاتفاقية معاملة الشخص المطلوب تسليمه وفق لما تنص عليه المواثيق المتعلقة بحقوق الإنسان عموما وحقوق المتهم خصوصا أينما وجد⁽⁷⁾.

والجدير بالتنويه أنّ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد نصت بشكل صريح على عدم امكانية تفسيرها على أنّها تلزم الدول بتسليم المجرمين أو المطلوبين إذا كان للدولة التي رفضت طلب التسليم أسباب وجيهة متعلقة بالغرض من المتابعة ذي الصلة بدين أو أصل أو عرق أو جنس أو جنسية أو الرأي السياسي، كما تنص الاتفاقية على عدم جواز تبرير رفض طلب التسليم بسبب أمور مالية، وتلتزم الدولة التي تعتزم رفض التسليم بالتشاور قبل إصدار قرارها مع الدولة الطالبة له لتسمح لها بتقديم دفعوها من أجل إقناع الدولة بالتسليم⁽⁸⁾.

ب- المساعدة القانونية المتبادلة: تلزم اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الدول الأطراف بأن تمد بعضها البعض بالمساعدة القانونية والقضائية مثل التحقيقات والملاحقات ويكون ذلك بالخصوص بغرض الحصول على الأدلة والإثباتات، تبليغ المستندات القضائية، تنفيذ عمليات التفتيش والحجز والتجميد، فحص الأشياء والمواقع، تقديم المعلومات والمواد والأدلة وتقييمات الخبراء أو أصول المستندات والسجلات ذات الصلة، تحديد العائدات الإجرامية أو الممتلكات أو الأدوات أو الأشياء الأخرى تيسير مثول الأشخاص طواعية، واسترداد الموجودات⁽⁹⁾.

ولقد منعت الاتفاقية على الدول الأعضاء التحجج بالأسرار المالية والمصرفية لعدم تقديم معلومات ومساعدات قانونية لدولة أخرى، ويجوز للدولة في هذا السياق رفض طلب المساعدة القانونية بسبب انعدام ازدواجية التجريم لكن أحالتها إلى النظر في الغرض من الاتفاقية قبل رفض الطلب، ومع ذلك يتعين على الدولة أن لا ترفض الطلب إذا كان لا يتضمن إجراءً قسرياً ولم يكن الطلب تافهاً، وعليها أن تبرر أسباب الرفض لا سيما إذا تعلق الأمر باختلاف المنظومات التشريعية بين الدول⁽¹⁰⁾.

ج- نقل الأشخاص المحكوم عليهم والإجراءات الجزائية: تنص اتفاقية الأمم المتحدة على جواز نقل الأشخاص المحكوم عليهم بعقوبة الحبس أو أي عقوبة أخرى سالبة للحرية من دولة طرف إلى دولة أخرى من أجل إتمام مدة العقوبة على إقليمها⁽¹¹⁾.

وبهدف تركيز الملاحقات الجزائية، خاصة إذا كان في إطار حسن سير العدالة، يجوز للدول الأعضاء في هذه الاتفاقية أن يتفقا على نقل إجراءات الملاحقات والمتابعات القضائية الجنائية المتعلقة بجرائم نصت عليها الاتفاقية⁽¹²⁾.

د- التعاون في مجال إنفاذ القانون: المقصود بالتعاون في مجال إنفاذ القانون أو تنفيذ القانون مجموع التدابير التي تتخذها الدول بالتوافق فيما بينها من أجل التطبيق الفعلي والفعال للقوانين المتعلقة بجرائم الفساد وعلى الدول أن تتعاون بالخصوص في ذلك عن طريق وضع آليات للاتصال بين مختلف الأجهزة الوطنية المختصة بشأن متابعة الجرائم ذات الصلة بالفساد⁽¹³⁾. ويكون التعاون في مجال تنفيذ القانون كذلك بالتعاون في إجراء التحريات الجنائية عن طريق تبادل المعلومات المتعلقة بهوية الأشخاص المشتبه في تواطئهم في ارتكاب الجرائم المتعلقة بالفساد أو المتعلقة بالأدلة الجنائية والكشف المبكر للجرائم وغيرها بما في ذلك الجرائم المستخدمة للتكنولوجيا الحديثة⁽¹⁴⁾.

هـ- التحقيقات المشتركة: يجوز للدول في إطار هذه الاتفاقية أن تبرم اتفاقات ثنائية أو أكثر من أجل إنشاء هيئات تحقيق مشتركة للتحري عن جرائم الفساد المرتكبة في إقليم دولة ما منها، وفي حالة غياب الاتفاق على تشكيل هذه الهيئات يجوز للدول الاعضاء أن تتفق على التحقيق في جرائم معينة بحسب الحالة بشرط أن يتم في إطار احترام مبدأ السيادة⁽¹⁵⁾.

والجدير بالذكر أنّ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد لم تنص على آلية متابعة ورقابة على احترام أحكامها على غرار الكثير من الاتفاقيات الدولية، لذا تبنى مؤتمر الدول الأطراف في الاتفاقية إنشاء هيئة تدعى هيئة مراجعة تطبيق اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة⁽¹⁶⁾.

2- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة: لقد سبق اعتماد منظمة الأمم المتحدة للاتفاقية الدولية المتعلقة بالجريمة المنظمة المؤرخة في: 15-11-2000 تبنى اتفاقية مكافحة الفساد، ومهما يكن فيمكن اعتبار الاتفاقية الأولى ذات طابع عام تشمل الفساد إذا كان له امتداد دولي منظم، ولقد نصت صراحة في نص خاص على جريمة الفساد من حيث تعريف الجريمة والمقصود بها وحتى التدابير الخاصة بمكافحتها⁽¹⁷⁾.

واعتمدت الاتفاقية لمجموعة من التدابير الخاصة بالتعاون الدولي منها التي تناولتها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد ومنها ما لم تتطرق له هذه الأخيرة. بحيث نصت على التعاون الدولي لأغراض المصادرة وفحواه التزام الدولة التي تتلقى طلبا من دولة أخرى طرف في الاتفاقية لها الاختصاص في متابعة جريمة من الجرائم المنصوص عليها في الاتفاقية من أجل مصادرة عائدات الجرائم والوسائل والممتلكات والأدوات وغيرها والموجودة على إقليمها⁽¹⁸⁾.

كما نصت اتفاقية الأمم المتحدة على تدابير أخرى متعلقة بالتعاون الدولي منها تسليم المجرمين⁽¹⁹⁾، نقل الأشخاص المحكوم عليهم⁽²⁰⁾، المساعدة القانونية المتبادلة⁽²¹⁾، التحقيقات المشتركة⁽²²⁾، نقل الإجراءات الجنائية⁽²³⁾، والتعاون في مجال تنفيذ القانون⁽²⁴⁾. والملاحظ أنّ الأحكام نفسها والوسائل القانونية للتعاون الدولي التي نصت عليها هذه الاتفاقية قد تمّ اعتمادها كذلك في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي تطرقنا إليها في العنصر السابق.

المحور الثاني: التعاون في إطار الاتفاقيات الإقليمية لمكافحة الفساد في الصفقات العمومية.

عند استقراء تطور القانون الدولي في مجال التعاون الدولي في مكافحة الفساد بما فيها المتعلق بالصفقات العمومية نجد أنّ الدول أدركت في تسعينات القرن الماضي أهمية تكاتف الجهود الدولية لمحاصرة بعض الآفات التي غالباً ما تمتد عواملها وآثارها إلى أكثر من دولة، والملاحظ في هذا السياق أنّ الدول في البداية بادرت بالتعاون على مستوى الإقليمي أو القاري قبل أن ينتقل إلى المستوى العالمي.

1- اتفاقية مجلس أوروبا حول الفساد: المجموعة الأوروبية هي من أولى المنظمات الإقليمية بعد الاتفاقية الأمريكية لمكافحة الفساد التي اهتمت بمسألة رشوة الموظفين العموميين عندما أصدرت توصية خاصة في هذا الشأن سنة 1997 ثم تبنت الاتفاقية الجزائية لمجلس أوروبا حول الفساد لعام 1999، وتضمنت العديد من الأحكام منها التدابير الوطنية المتعلقة بالوقاية من الفساد، إنشاء مجموعة الدول ضد الفساد كجهاز لمتابعة احترام وتنفيذ أحكام الاتفاقية، ونصت كذلك على التعاون الدولي في هذا السياق، بحيث نصت على اتفاق الدول الأطراف على ضرورة التعاون والمساعدة المتبادلة لكن مع ذلك يجوز للدول الأعضاء أن ترفض تقديم المساعدة إذا قدرت أن ذلك قد يلحق ضرراً بسيادتها، مصالحها الأساسية، أمنها القومي أو النظام العام، ولا يجوز لأيّ دولة التحجج بالأسرار المصرفية وإذا كان القانون الداخلي يفرض ذلك فيكون بناءً على أمر من السلطات المختصة برفع الحماية على الأسرار البنكية⁽²⁵⁾.

وبالإضافة إلى التعاون والمساعدة ما بين الدول الأوروبية المتعلقة بالمسائل ذات الصلة بالفساد، نصت الاتفاقية على تسليم المطلوبين في هذا الشأن بحيث يجب أن تدرج الجرائم المتعلقة بالفساد ضمن الجرائم التي تتفق الدول على وجوب التسليم بشأنها. كما يجوز اعتبار هذه الاتفاقية أساساً للتسليم إذا لم تربط الدول المعنية اتفاقية خاصة بالتسليم، ولقد أخضعت اتفاقية مجلس أوروبا المتعلقة بالفساد شروط تسليم المطلوبين

إلى قانون الدولة التي تتلقى الطلب أو لاتفاقيات التسليم المبرمة في هذا الشأن. وإذا تم رفض الطلب بالتسليم من طرف الدولة بسبب راجع إلى جنسية المطلوب أو إلى الاختصاص القضائي تلتزم بتقديم المطلوب إلى الجهات القضائية المختصة بغرض متابعته وعليها أن تعلم الدولة الطالبة في الوقت المناسبة بالحكم النهائي⁽²⁶⁾.

2- اتفاقية الاتحاد الأفريقي لمنع الفساد ومكافحته: اعتمدت بتاريخ: 11 جويلية 2003 وتضمنت اتفاقية الاتحاد الأفريقي الأحكام نفسها الواردة في اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بتسليم المطلوبين إلا أنها أضافت التزاماً لم يرد من قبل هو التزام الدولة عند رفضها لطلب دولة أخرى لتسليم مطلوب ما على أساس أن قضاءها هو المختص بتبليغ الدولة الطالبة بالإجراءات النهائية المتخذة في متابعته⁽²⁷⁾.

كما تلتزم الدول بالتعاون من أجل مصادرة أموال وعائدات الفساد وهذا في إطار قوانينها الداخلية وبناءً على طلب الدولة المعنية أن تصدر وتقوم بإرجاع أي شيء يستعمل كدليل في التحقيق في جرائم الفساد أو يكتسب كنتيجة لارتكاب جريمة من جرائم الفساد هذا حتى ولو تم رفض تسليم الشخص المطلوب لسبب من الأسباب⁽²⁸⁾.

وفي سياق التعاون الدولي والمساعدة القانونية المتبادلة تتعهد الدول الإفريقية الأطراف في الاتفاقية بالتعاون فيما بينها في تجريم الفساد والأعمال المرتبطة به خاصة من جانب الدول الأصلية للشركات المتعددة الجنسيات لا سيما ما تعلق بممارسة العمليات السرية والعمليات التجارية الدولية، كما يتوجب على الدول الأطراف في هذا الباب التعاون من أجل منع استفادة الموظفين العموميين من الاستفادة من عائدات الرشوة والفساد وهذا عن طريق التعاون من أجل تجميد أموالهم في الخارج وإعادة الأموال المختلسة. بالإضافة إلى التعاون في المسائل الجنائية خاصة أثناء مرحلة التحقيقات والمتابعات⁽²⁹⁾.

وفيما يتعلق بالمساعدة القانونية المتبادلة فنصت الاتفاقية على التزام الدول بتقديم المساعدة عند القيام فورا بمعالجة الملفات المتعلقة بالطلبات المودعة من الأجهزة الوطنية المختصة في متابعة وقمع جرائم الفساد، ويجوز للدول الأطراف في إطار أحكام الاتفاقية أن يبرموا اتفاقيات ثنائية خاصة هدفها تنظيم التعاون في ما بينها في هذا المجال. كما تلتزم كل الدول الأطراف أن تتعاون في إعداد أبحاث ودراسات حول سبل ووسائل مكافحة جرائم الفساد، بما في ذلك تبادل الخبرات والتجارب وإجراء دورات تدريبية مشتركة⁽³⁰⁾.

وبالإضافة إلى ما سبق تميزت اتفاقية الاتحاد الإفريقي للوقاية من الفساد ومكافحته بتنصيب هيئة لمتابعة مدى تنفيذ الاتفاقية من طرف الدول الأطراف والمتمثل في المجلس الاستشاري حول الفساد داخل الاتحاد الإفريقي وتتمثل مهامه أساسا في تشجيع وتعزيز اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الفساد في إفريقيا جمع وتوثيق المعلومات ونشرها وتوعية الجمهور، تقديم الاستشارات اللازمة، تأسيس شراكة وتعاون من بقية الهيئات الإفريقية والمجتمع المدني والمنظمات الحكومية وغير الحكومية⁽³¹⁾.

- بروتوكول المجموعة الاقتصادية لدول غرب إفريقيا حول مكافحة الفساد: تبنته المجموعة في: 21 ديسمبر 2001، ونص البروتوكول كغيره من الاتفاقيات على إدراج جرائم الفساد في قائمة الجرائم التي يمكن تسليم المجرمين بشأنها ويمكن اعتبار الاتفاقية قاعدة للتسليم بين الدول الأطراف التي لا ترتبط باتفاقية خاصة بالتسليم، ويخضع التسليم إلى الشروط الواردة في القانون الداخلي للدولة الطالبة للتسليم. وفي حال رفض طلب التسليم من طرف الدولة بسبب جنسية المطلوب أو اختصاص قضاء الدولة المطلوب منها التسليم تلتزم الدولة في أقرب الآجال بأن تعرض القضية أمام جهاتها القضائية المختصة من أجل متابعة المطلوب إلا في حالة الاتفاق على خلاف ذلك⁽³²⁾.

أمّا ما يتعلق بالمساعدة القضائية تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية بالتعاون المتبادل وذلك بمعالجة الطلبات الصادرة عن السلطات المختصة واتخاذ كلّ التدابير الضرورية لتسهيل إجراءات وشكليات التحقيق والمتابعات في جرائم الفساد، ولا بد أن يتسع مجال التعاون بين كل المصالح المكلفة بتنفيذ وتطبيق القانون في إطار مكافحة الفساد، ويمكن في سياق ذلك أن يشكلوا لجان تحقيق مشتركة للتحري في قضايا تدرس حالة بحالة من دون المساس بمبدأ سيادة الدول⁽³³⁾.

3- الاتفاقية الأمريكية لمكافحة الفساد:

تمّ اعتمادها في: مارس 1996 ونصت الاتفاقية الأمريكية لمكافحة الفساد على آليتين للتعاون بين الدول الأطراف: أولاً تسليم المجرمين بحيث نصت الاتفاقية الأمريكية لمكافحة الفساد على إجراء تسليم المجرمين على غرار الاتفاقيات السابقة لكن لم يفصل فيها بشكل كافٍ ونص على أهمّ المسائل المتعلقة بتسليم المجرمين، منها الاعتبار بقوة القانون أنّ جرائم الفساد من الجرائم التي تطبق عليها كلّ الاتفاقيات المتعلقة بتسليم المجرمين التي تبرمها فيما بينها الدول الأطراف، وجوز اعتبار الاتفاقية الأمريكية الأساس القانوني لأي عملية تسليم بين الدول⁽³⁴⁾.

كما نصت الاتفاقية الأمريكية لمكافحة الفساد إلى جانب آلية تسليم المجرمين على التعاون والمساعدة بحيث ورد فيها التزام الدول بالتعاون فيما بينها في متابعة الجرائم المتعلقة بالفساد وذلك في إطار القوانين الوطنية والاتفاقيات التي تنظم المسائل والاجهزة المؤهلة والمختصة ذات الصلة، كذلك نصت الاتفاقية على ضرورة التعاون الدولي في المجال التقني فيما يتعلق بالمناهج والتدابير المستعملة في مجال الوقاية والمتابعة والتحقيق وتشجّع الاتفاقية التعاون في هذا الباب لاسيما في تبادل الخبرات والتجارب الدولية في هذا السياق خاصة تلك التي لا تتجاهل مشاركة المواطن⁽³⁵⁾.

4- الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد: اعتمدت في: 21 ديسمبر 2010 ونصت الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد على العديد من آليات التعاون الدولي بحيث تعدّ أولى الاتفاقيات في ما يخص تعدد الوسائل القانونية للتعاون، فقد أجمعت كل الآليات التي نصت عليها اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد وتلك المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة والاتفاقيات الأخرى المتعلقة بالفساد، ونصت على التزام الدول بالتعاون في مجال نفاذ القانون⁽³⁶⁾، المساعدة القانونية المتبادلة⁽³⁷⁾، التعاون لأغراض المصادرة⁽³⁸⁾، نقل الإجراءات الجنائية⁽³⁹⁾، تسليم المجرمين⁽⁴⁰⁾، نقل الأشخاص المحكوم عليهم⁽⁴¹⁾، التحقيقات المشتركة⁽⁴²⁾، التعاون في استرداد الممتلكات⁽⁴³⁾.

المحور الثالث: النقائص والبدايل في مجال التعاون الدولي لمكافحة الفساد في الصفقات العمومية.

من خلال التطرق إلى نصوص الاتفاقيات الدولية العالمية والاقليمية السابقة يمكن التساؤل عن أسباب ضعف التعاون الدولي في القضاء على الصفقات الدولية عموما وما تعلق منها بالصفقات العمومية خصوصا. وفما يلي بعض الأسباب التي تعيق التعاون الدولي وبالتالي بدائل البحث في إلغائها من أجل دعم القضاء على هذه الآفات:

1- اختيارية وعدم إلزامية العديد من أحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتعاون الدولي:

الملاحظ على أنّ اتفاقيات التعاون الدولي في مكافحة الفساد لا تنص على التزامات واضحة في أحكام تفصيلية ميدانية إجبارية، فمجملة الاتفاقيات تنص على أن يكون التعاون بالانسجام مع القانون الوطني، كذلك تلك الأحكام المتعلقة بتسليم المجرمين التي تعطي اعتبارا واسعا للمصالح والقوانين الوطنية في تنظيم المسائل المتعلقة به، بحيث نجد أنّ القوانين الوطنية تتضمن العديد من القواعد التي تتعارض فيما بينها ولا تنسجم مع متطلبات التعاون الدولي بشكل يكون التسليم منصف وسريع ومتوقع⁽⁴⁴⁾، فيمثل بذلك صورة من صور الردع حين لا يجد المجرم المرتقب مأوى يفر إليه عند التخطيط لجرمه.

وفي السياق نفسه مما يعيق التعاون الدولي لاسيما فيما يتعلق بتسليم المطلوبين دولياً تلك الشروط التي تنص عليها أغلب التشريعات في العالم مثل ما هو الحال بالنسبة للتجريم المزدوج وفي هذا الباب تجدر الإشارة إلى التجربة الأوروبية التي ألغت هذا الشرط في 32 جريمة لا يجوز للدول الأوروبية الأعضاء أن تتمسك بشأنها بشرط التجريم المزدوج للتسليم فيها مثل جريمة الفساد والمتاجرة بالمخدرات وغيرها، وهنا ينبغي على الاتفاقيات الأخرى أن تتنحوا هذا المنحى للتضييق أكثر على فرار المجرمين من العقاب⁽⁴⁵⁾.

2- عدم التنصيص على منظمة دولية مختصة كلياً أو جزئياً في مكافحة الفساد:

بالرغم من الانتشار الواسع للفساد منذ أن وجدت الدولة كظاهرة سياسية ومؤسساتها نلاحظ أنّ المجموعة الدولية لم تأسس منظمة دولية حكومية هدفها الإشراف على القضاء الفساد، ولعل ذلك غير مبرر ويبقى كذلك بالنظر إلى الكم الكبير من المنظمات الدولية التي تهتم بمسائل ربما أقل أهمية من الفساد الذي ينخر العديد من دول العالم وينزل بها من عالم القوة إلى عالم الفقر وما لذلك من تأثير على حقوق الإنسان. والحديث عن مسألة إنشاء منظمة دولية خاصة بمكافحة الفساد يجرنا إلى البحث في سبب عدم اهتمام الدول بذلك، بحيث يعتبر الفساد من أهم الوسائل والأدوات التي تستغل في العلاقات الدولية بشكل واضح وجلي ينقصه فقط التقنين.

والجدير بالذكر أنّ الاتحاد الإفريقي يستثنى من ذلك بحيث أسس من خلال الاتفاقية منع الفساد ومكافحته المجلس الاستشاري حول الفساد داخل الاتحاد الإفريقي وكلفه بعدة مهام من أجل الإحاطة بجريمة الفساد. 3- انعدام الانسجام مع القوانين الوطنية: الملاحظ على أغلب التشريعات العالمية بأنّها على غير تجانس وانسجام خاصة في تحديد المقصود من بعض المفاهيم كتلك المتعلقة بالجرائم ذات الصلة بالآراء السياسية أو الجرائم المتعلقة بالتمييز على أساس العرق أو الدين أو بقية محددات

الهوية، هذا بالإضافة إلى أنّ بعض الدول اتفقت على أنّه يجوز تسليم المجرمين حتى ممن يكتسبون جنسية الدولة المطلوب منها مثلما هو الحال بالنسبة للاتحاد الأوروبي في القرار الإطار المتعلق بالأمر بالقبض الأوروبي الذي لم يسمح برفض التسليم بسبب الجنسية والجدير بالذكر أنّ الاتحاد الأوروبي لم يمنح كذلك للدول حق رفض التسليم بسبب الطابع السياسي للجريمة⁽⁴⁶⁾.

ولعل هذا الأمر غير قابل للتعميم على المستوى العالمي وبخاصة على المستوى العربي والإفريقي أين تضعف حماية حقوق الانسان في التعبير والمعتقد والرأي وبالتالي قد تصدر طلبات التسليم بشأن الجرائم السياسية من جهة، ومن جهة أخرى قد يتجه بعض الفاسدين إلى السعي إلى اكتساب جنسيات أجنبية فقط من أجل الفرار من العقاب من دولهم الأصلية التي لا يجوز تسليمهم إليها باعتبارهم كذلك مواطني دولة الجنسية الجديدة خاصة في ظلّ ظاهرة بيع الجنسية كما هو الحال بالنسبة لبعض الدول الأوروبية في ظلّ الأزمة الاقتصادية.

الخاتمة

لا يقبل إطلاقا التقليل من الجهود الدولية الرامية للتعاون من أجل القضاء على الفساد عموماً وفي مجال الصفقات العمومية خصوصاً، سواء على المستوى العالمي أو الإقليمي وهذا بالرغم من التأخر الملحوظ في ذلك بالمقارنة مع الاهتمام بالجرائم الأخرى، مما ساهم بشكل غير مشكوك فيه في فرار الكثير من ناهبي الأموال العمومية في دول العالم من العقاب والمتابعة نظراً لتوفير الدول لهم الملاذ والمأوى الآمن.

وبالرغم من الاتفاقيات الدولية العديدة التي كرسّت التعاون الدولي في مكافحة الفساد إلّا أنّها بحاجة إلى مراجعة دورية لتتماشى مع التطورات التي تعرفها الجريمة عندما تستغل التكنولوجيا بغرض إخفاء الجريمة، لاسيما في مجال التعاملات الالكترونية بحيث نجد كلّ التشريعات تقريبا تبنت وقتنت معادلة العقود الالكترونية مع العقود الورقية مما خلق الكثير من

الشبكات العالمية لتزوير وقرصنة هذه العقود خاصة إضرارا بمصالح الدول الضعيفة والفقيرة.

وبالإضافة إلى ما سبق، لا يحفى على أحد أنّ الدول القوية تتحمل المسؤولية الدولية في ظلّ هذه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالفساد التي تلزمها جميعا بالتعاون وتقديم المساعدة التقنية والعلمية للدول الأقل تطورا لكن على العكس من ذلك لا تتوقف مسؤوليتها على عدم مساعدتها وإثما للمتاجرة بالفساد في الدول الأخرى على المستوى الاقتصادي والسياسي، بحيث تغطي على الفساد وتحمي أصحابه مقابل خدمة مصالحها وآخر صورة لذلك ظاهرة بيع الجنسية في أوروبا لأصحاب الأموال الفاسدة.

الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) انظر المادة 09 من اتفاقية الأمم لمكافحة الفساد.
- (2) انظر المادة 44 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- (3) L'office des nation unies contre la drogue et la criminalité, Questions transversales sur la cooperation internationale, Nations unies , New York, 2008, p 08.
- (4) انظر المادة 44 الفقرة الرابعة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- (5) مكتب الامم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، الطبعة الثانية 2012، الأمم المتحدة، نيويورك، 2012، ص 190.
- (6) انظر المادة 44 الفقرة السادسة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- (7) انظر المادة 44 الفقرة الثامنة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- (8) حسب المادة 15/44-16 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- (9) وفقا للمادة 46 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.
- (10) مكتب الامم المتحدة المعني بالمخدرات و الجريمة، الدليل التشريعي لتنفيذ اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، الطبعة الثانية 2012، الأمم المتحدة، نيويورك، 2012، ص 167.
- (11) انظر المادة 45 من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد.
- (12) انظر المادة 47 من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد.
- (13) انظر المادة 47 من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد.
- (14) انظر المادة 48 من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد.
- (15) انظر المادة 49 من اتفاقية الامم المتحدة لمكافحة الفساد.
- (16) Ursula Cassani, la lutte contre la corruption internationale, éditions ROMANDES , 2011, p 39.

- (17) حسب المادة 08 و 09 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.
- (18) حسب المادة 13 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.
- (19) حسب المادة 16 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.
- (20) حسب المادة 17 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.
- (21) حسب المادة 18 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.
- (22) حسب المادة 19 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.
- (23) حسب المادة 21 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.
- (24) حسب المادة 27 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة.
- (25) Voir : l'article 26 de la convention pénal du conseil de l'Europe sur la corruption.
- (26) Voir : l'article 27 de la convention pénal du conseil de l'Europe sur la corruption.
- (27) انظر المادة 15 من اتفاقية الاتحاد الافريقي لمنع الفساد ومكافحته.
- (28) انظر المادة 16 من اتفاقية الاتحاد الافريقي لمنع الفساد ومكافحته.
- (29) انظر المادة 19 من اتفاقية الاتحاد الافريقي لمنع الفساد ومكافحته.
- (30) انظر المادة 18 من اتفاقية الاتحاد الافريقي لمنع الفساد ومكافحته.
- (31) انظر المادة 22 من اتفاقية الاتحاد الافريقي لمنع الفساد ومكافحته.
- (32) انظر المادة 14 من بروتوكول المجموعة الاقتصادية لغرب افريقيا حول الفساد.
- (33) انظر المادة 15 من بروتوكول المجموعة الاقتصادية لغرب افريقيا حول الفساد.
- (34) انظر المادة 13 من الاتفاقية الأمريكية لمكافحة الفساد.
- (35) حسب المادة 14 من الاتفاقية الأمريكية حول مكافحة الفساد.
- (36) حسب المادة 16 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.
- (37) حسب المادة 20 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.
- (38) حسب المادة 21 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.
- (39) حسب المادة 22 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.
- (40) حسب المادة 23 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.
- (41) حسب المادة 24 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.
- (42) حسب المادة 25 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.
- (43) حسب المادة 27 من الاتفاقية العربية لمكافحة الفساد.
- (44) L'office des nation unies contre la drogue et la criminalité, Questions transversales sur la coopération internationale, Nations unies , New York, 2008, p 08.
- (45) Ibid, p 09.
- (46) Voir : Décision cadre sur le mandat d'arrêt européen, article 3.

التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية

أ. موساوي مليكة
جامعة الهدية

مقدمة

تؤدي الصفقات العمومية دورا أساسيا في تحقيق التنمية الوطنية، باعتبارها الأداة الضرورية لإنفاق المال العام في سبيل تنفيذ مشاريع الاستثمارات العمومية، ويقتضي ذلك إبرام هذه الصفقات وتنفيذها حسب المخططات الموجودة في البرامج التنموية المعدة سلفا وفي الأجل المحددة لذلك.

غير أنه، قد تثور في مرحلة إبرام الصفقة العمومية أو في مرحلة تنفيذها نزاعات تعرقل أو تحول دون التوفيق في إبرامها أو إتمام تنفيذها، وهذا ما ينعكس سلبا على نجاح المشاريع العمومية وما يسفر عنه من تعطيل برامج الاستثمار وإيقاف عجلة التنمية.

من أجل تفادي ذلك استوجب الأمر إيجاد آليات لإزالة هذه العراقيل والمعوقات عن طريق تسوية النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية في أقرب الأجل، لضمان استمرارية تنفيذ المشاريع ومواصلة درب النمو. وفي هذا الصدد، خصّص المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي رقم: 10-236، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم⁽¹⁾، قسم فرعي جاء تحت عنوان "تسوية النزاعات" تضمن مادتين فقط هما المادة 114 والمادة 115، بيّن من خلالهما الوسائل الودية لتسوية النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية الناجمة في مرحلة الإبرام أو تلك التي تحدث في مرحلة التنفيذ، وفي حالة الفشل في الوصول إلى الهدف، نصت المادتان على إمكانية اللجوء للتشريع المعمول به.

يقصد بالتشريع المعمول به، الشريعة العامة لتسوية جميع النزاعات، وتتمثل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽²⁾، الذي يبين

إجراءات تسوية النزاع قضائيا كما ينص على وسائل بديلة لحل هذا النزاع دون اللجوء إلى القضاء، أطلق عليها المشرع تسمية "الطرق البديلة لحل النزاعات" وهي: الصلح، الوساطة، والتحكيم.

يعتبر التحكيم من أهم الطرق البديلة لحل النزاعات، وقد نص عليه المشرع الجزائري في موقعين من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتجلى الموقع الأول في المواد 975-976-977 وهو يتعلق بالتحكيم في القضايا الإدارية، في حين يتجلى الموقع الثاني في المواد: من المادة 1006 إلى غاية المادة 1061، ويتعلق بالتحكيم في جميع النزاعات، حيث جاءت هذه النصوص متأثرة بالقانون الفرنسي والقانون السويسري⁽³⁾ وشملت أحكامها التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي.

إذا كان التحكيم وسيلة من الوسائل البديلة التي استحدثها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأقرّها صراحة لحل النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، فإنّ الإشكالية التي نطرحها في هذا السياق: ما هو مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية، وما هو نطاقه، ما هو الدور الذي يلعبه في تسوية النزاعات الناجمة عن الصفقات العمومية داخلية كانت أو دولية؟ ما مدى ملاءمته وما مدى فعاليته؟

ومن أجل معرفة ذلك، لابد من التطرق إلى النظام القانوني للتحكيم (مبحث أول) ثم إلى دوره في تسوية نزاعات الصفقات العمومية (مبحث ثاني)، وفي تفصيل ذلك نقترح الخطة الموالية:

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية

المطلب الأول: تعريف التحكيم وتحديد طبيعته القانونية

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم والآثار المترتبة عليه

المبحث الثاني: نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية

المطلب الأول: نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى

التحكيم

المطلب الثاني: الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في مجال

الصفقات العمومية

المبحث الأول: مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية
التحكيم كطريق لحل النزاعات كان الأسلوب السائد في المجتمعات القديمة⁽⁴⁾، عرفته الشريعة الإسلامية بقول الله عزّ وجل في محكم تنزيله: "فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما"⁽⁵⁾.

وكان الأسبق في الظهور من القضاء، حيث ظهر هذا الأخير ببروز هيكل الدولة التي أصبحت معه العدالة وظيفة من وظائفها، إلا أنه ومع التطور الحاصل على عدة أصعدة لم تعد عدالة الدولة تلي رغبة المتقاضين في إيجاد حلول سريعة لنزاعاتهم بأقل المشاق والتكاليف، ولم تعد محل ثقتهم لعدة عوامل، أهمها البطء في حل النزاعات وفق إجراءات معقدة، وما يصاحب ذلك من هدر المال والوقت، فضلا عما يعتقد المتخاصمون من عدم كفاءة هذه العدالة لمعالجة بعض مسائلهم المعقدة. فهاته الأعباء وغيرها، دفعت المستثمرين والتجار خاصة إلى السعي للتخفيف من وطأتها باللجوء إلى طرق بديلة لحل نزاعاتهم تتميز بالليونة والسرعة والفعالية، من بينها طريق التحكيم الذي لا ينعكس انتهاجه وسلوكه إيجابا على المتقاضين فحسب، بل وكذلك على وظيفة الدولة ذاتها في مجال حلّ النزاعات لاسيما ماتعلق منه بالتقليل من أعبائها الناشئة أساسا جرّاء تراكم الكم الهائل من القضايا⁽⁶⁾، لذلك سعت العديد من الدول إلى تبني التحكيم كطريق لحل النزاع ضمن تشريعاتها، كما فعل المشرع الجزائري ضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية في الكتاب الخامس منه الذي خصه لتنظيم الطرق البديلة لحل النزاعات وقد تناول التحكيم في المواد من 1006 إلى 1061.

من أجل الإلمام بكنه مفهوم التحكيم في مجال الصفقات العمومية، لابد من التطرق لتعريفه وتحديد طبيعته القانونية (المطلب الأول)، ثم لإجراءاته والآثار المترتبة عليه (المطلب الثاني).

3- التعريف التشريعي للتحكيم: عرّف المشرع الجزائري التحكيم⁽¹²⁾، سواء كان شرطا أو اتفاقا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. عرّف شرط التحكيم (la clause compromissoire) في المادة 1007 منه كما يلي: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم". ولقد حددت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذه الحقوق المتاحة بنصها:

"يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

أي لا يجوز التحكيم في خصومة تتصل بما إذا كان الولد شرعيا أم متبنيا، أو خصومة تتصل بما إذا كان عقد الزواج صحيحا أم باطلا، أو كان النزاع بشأن فوائد القروض بين الأفراد التي نص القانون المدني صراحة على بطلانها المطلق بموجب أحكام المادة 454 منه، أو كان بصدد تحديد مسؤولية المتهم الجنائية، أو في تحديد النص الواجب التطبيق عليه.

كما لا يجوز التحكيم في خصومة تتصل بطلب اكتساب جنسية ما، أو دعوى طلب دين أو قمار أو أعمال سيادة، وغيرها.

وبالنسبة للأشخاص العمومية العامة فإنه لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم ما عدا في حالتين هما: العلاقات الاقتصادية الدولية، الصفقات العمومية، وهذا هو موضوع دراستنا.

لم يعرف النص شرط التحكيم في الصفقات العمومية، وهذا يدل على أن التعريف الذي أعطاه في نص المادة 1007 ينطبق على التحكيم في كافة النزاعات مهما كانت طبيعتها.

عرّف قانون الإجراءات المدنية والإدارية اتفاق التحكيم (le compromis) في المادة 1011 بما يلي:

"اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

ويظهر جليا الفرق بين المصطلحين حيث إنّ شرط التحكيم يوضع في العقد قبل وقوع النزاع بينما اتفاق التحكيم يلجأ إليه بعد نشوء النزاع.

وبإسقاط التعريف القانوني لكل من شرط التحكيم واتفاق التحكيم على موضوع الصفقات العمومية يستنتج بأن:

* شرط التحكيم في الصفقة العمومية هو: الاتفاق الذي تلتزم بموجبه المصلحة المتعاقدة (المحددة بموجب نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل والمتمم) والمتعامل المتعاقد معها في صفقة عمومية متصلة بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006، بأن يعرضوا النزاعات التي قد تثار بشأن هذه الصفقة، على التحكيم.

* اتفاق التحكيم في الصفقة العمومية هو: الاتفاق الذي يقبل أطراف الصفقة العمومية (المصلحة المتعاقدة المحددة بموجب نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل والمتمم، والمتعامل المتعاقد معها) بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، أي أن النزاع قد نشأ بعد إبرام الصفقة العمومية ولم يحتز لنشوئه بتضمين الصفقة العمومية شرط التحكيم لأجل حله، وبالتالي يمكن عقد اتفاق على اللجوء إلى التحكيم حال نشوء النزاع.

أمّا التحكيم الدولي فقد عرّفه قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المادة 1039 منه كما يأتي:

"يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

وتنص الفقرة الثالثة من المادة 1040 من نفس القانون على اعتبار اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت

للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً. وقد أرست الفقرة الرابعة من هذه المادة مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حيث لا يمكن الدفع بعدم صحة العقد الأصلي لإبطال شرط التحكيم.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتحكيم: يتميز التحكيم عن غيره من الآليات بأنه يصدر من هيئة غير قضائية يطرح عليها النزاع بموجب اتفاق الأطراف، غير أنّ الحكم الصادر عنها يعتبر ذو طبيعة قضائية لذلك اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، فقد ثار جدل فقهي كبير بهذا الخصوص، أدى إلى ظهور أربعة اتجاهات حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، نعرضها وجيزة فيما يلي⁽¹³⁾:

التحكيم ذو طبيعة تعاقدية: اعتبر هذا الاتجاه، أنّ التحكيم عقد رضائي ملزم للجانبين، حيث اعتمد هذا الاتجاه على المعيار العضوي، المتعلق بالهيئة مصدرة التحكيم، بغض النظر عن موضوع التحكيم أو مكان وقوعه.

وقد ظهر هذا الاتجاه في فرنسا، بعد حكم محكمة النقد الفرنسية الشهير سنة 1812 بصدد اتفاق تحكيم، الذي أكد صراحة على وجود حكم تحكيم ملزم يرجع للاتفاق المبرم بين الأطراف على التحكيم، وبالتالي يصبغ الحكم بذات الصبغة الاتفاقية.

ورغم استقرار القضاء الفرنسي لمدة طويلة على الأخذ بهذا الاتجاه، إلا أنّ هذا الأخير تعرض للنقد، على أساس أنّ اتفاق التحكيم يمثل عنصر من عناصر التحكيم ولا يمكن اعتباره كل التحكيم، كما أنّ إرادة الأطراف ليست دائماً أساس اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع كما هو الحال في التحكيم الإجباري.

ب- التحكيم ذو طبيعة قضائية: يرى أصحاب هذا الاتجاه، أنّ التحكيم هو نوع من أنواع القضاء، يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها قضاء الدولة،

وهي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتنازعين، وبالتالي فهو يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية.

اعتمد هذا الاتجاه المعيار الموضوعي، لأنه يتعلق بالفصل في منازعة تطبيقا لقواعد القانون الموضوعي ويجوز قرار المحكم حجية الأمر المقضي فيه وتلك خاصية مرتبطة بالأعمال القضائية دون غيرها.

وقد ظهر هذا الاتجاه أيضا في فرنسا، بعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في 17 مارس 1893، حيث اعتبر التحكيم، لاسيما الحكم الذي يصدر فيه عملا قضائيا، لكن هذه النظرية لم تسلم أيضا من الانتقاد نتيجة الفرق الشاسع بين التحكيم والقضاء، فلا يمكن الخلط بينهما.

ج- التحكيم ذو طبيعة مختلطة: مزج هذا الاتجاه بين مضمون الاتجاهين السابقين وحاول التوفيق بينهما، تعود بداية ظهور هذا الاتجاه، إلى التقرير المقدم من قبل الأستاذ "جورج سوزارهاال" في الجلسة الرابعة والأربعين لعهد القانون الدولي في أبريل 1952، الذي طرح فيه الأسس الرئيسية لهذه النظرية.

ومفاد هذا الاتجاه، أن التحكيم له طبيعة مركبة أو مختلطة؛ فهو عقدي، إذا نظرنا إليه من حيث أصله الذي يقوم عليه وهو العمل الإرادي للأطراف، متمثلا في اتفاق التحكيم، ومن جهة أخرى، هو قضائي من حيث الحكم الصادر عن المحكم، الذي يعتبر ملزما لأطراف التحكيم، بقوة تختلف في القوة الملزمة للعقود.

رغم أهمية ما توصل إليه هذا الاتجاه، إلا أن هذه النظرية تعرضت للنقد لأن القول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة يؤدي إلى تناقضات كثيرة لما ينتج عليه من خلط في المفاهيم.

د- التحكيم ذو طبيعة مستقلة: لقد جاء هذا الاتجاه، لكي يعترف بالاستقلالية الذاتية للتحكيم، كأسلوب لحل المنازعات بالطرق الودية بعيدا عن مرفق القضاء وهذا نظرا للخصوصيات التي يتمتع بها.

فلا يعتبر التحكيم من طبيعة إرادية، كالصلح ولا يعتبر من طبيعة قضائية، كالقضاء ولا يعتبر من طبيعة عقدية، كالعقود وإنما له نظام قانوني خاص به.

وذهب بعض الفقه في هذا الاتجاه، إلى اعتبار التحكيم صورة من صور القضاء الخاص، لأنّ منازعة التحكيم يتولى الفصل فيها شخص أو أشخاص عاديين، ليسوا من رجال القضاء النظاميين ولا تسأل الدولة عن أعمالهم وإنما يختارون بواسطة أطراف المنازعة طبقاً للقانون⁽¹⁴⁾.

المطلب الثاني: إجراءات التحكيم والآثار المترتبة عليه

تنقسم إجراءات التحكيم وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى قسمين حسب أنواع التحكيم، حيث ميّز المشرع بين إجراءات التحكيم الداخلي وإجراءات التحكيم الدولي.

الفرع الأول: إجراءات التحكيم الداخلي والآثار المترتبة عليه تجدر الإشارة، أنّ التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد حصر التحكيم الداخلي بالتحكيم بالقانون فقط، بل نص وأكد أنّ المحكمين يفصلون بالدعوى وفق لقواعد القانون، وهذا عكس ما هو في التحكيم الدولي الذي ترك للأطراف حرية اختيار قانون الإجراءات وقانون حسم النزاع؛ فإنّ تضمن القانون الأجنبي نص يعترف بالتحكيم بالصلح والعدل والإنصاف، فليس في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يمنع ذلك، إلا في حالة ما إذا كان قانون التحكيم الدولي الجزائري هو المطبق، فإنّه لم يعترف بالتحكيم بالصلح والعدل والإنصاف، بل نص على أن تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف؛ وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها مناسبة (المادة 1050 من ق م إ د)⁽¹⁵⁾.

ير التحكيم الداخلي عبر الإجراءات التالية:

- **الإجراء الأول: اتجاه إرادة الأطراف إلى التحكيم الداخلي**

يشترط المشرع على أطراف النزاع من أجل اللجوء إلى التحكيم، أن تتجه إرادتهم إلى التحكيم ويتزجم هذا في شرط التحكيم أو اتفاق

التحكيم، المنصوص عليهما في المادتين 1007 و1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- الإجراء الثاني: تعيين المحكم أو المحكمين

يتم تعيين المحكم أو المحكمين وتحديد كيفية تعيينهم وفق اتفاق الأطراف، الذي تضمنه شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، وإذا اعترضت صعوبة في تشكيل المحكمة التحكيمية، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها إبرام العقد أو محل تنفيذه (المادة 1009 ق إ م إد).

وقد فرض المشرع في المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أطراف النزاع، إسناد التحكيم إلى شخص طبيعي بشرط أن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية، أو إسناده إلى شخص معنوي يتولى تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم. تشترط المادة 1015 من نفس القانون أن يقبل المحكم هذه المهمة حتى يكون تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً. أجاز المشرع رد المحكم في الحالات المنصوص عليها في المادة 1016 نذكرها كالآتي:

- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،
 - عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،
 - عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لا سيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط، غير أنه لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.
 - الإجراء الثالث : إجراء عملية التحكيم
- تتم عملية التحكيم وفق مقتضيات المواد من 1019 إلى 1023 من ق إ م إد، وتنتهي الخصومة التحكيمية للأسباب المذكورة في المادة 1024 وذلك بـ:

1. وفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له أو استبداله باتفاق الأطراف أو من قبل المحكم أو المحكمين الباقيين؛
2. انتهاء المدة المقررة للتحكيم فإذا لم تشتط المدة، فبانتهاؤها مدة 4 أربعة أشهر؛

3. فقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه؛

4. وفاة أحد أطراف العقد.

أما فيما يخص آثار التحكيم الداخلي، فتتمثل في أحكام التحكيم (يتضمن حكم التحكيم البيانات المنصوص عليها في المادة 1028 من ق إ م إد) التي يصدرها المحكمين، بعد مداوولات سرية (المادة 1025 ق إ م إد)، بأغلبية الأصوات (المادة 1026 ق إ م إد)، وتكون حائزة لحجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها (المادة 1031 ق إ م إد).

تعتبر أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة (المادة 1032 ق إ م إد)، غير أنّها تكون قابلة للاستئناف خلال أجل شهر من تاريخ النطق بها، ويتم الاستئناف أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرته اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتم تنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم (المادة 1033 ق إ م إد).

تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المادة 1034 ق إ م إد).

يمر حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية، بأمر من رئيس المحكمة المختصة ويكون الحكم قابلاً للتنفيذ⁽¹⁶⁾.

الفرع الثاني: إجراءات التحكيم الدولي والآثار المترتبة عليه: يمر التحكيم الدولي بالإجراءات التالية:

الإجراء الأول: توجه إرادة الأطراف إلى التحكيم الدولي

تتجه إرادة الأطراف إلى التحكيم الدولي بموجب اتفاقية التحكيم بين أطراف النزاع والتي يشترط فيها أن تبرم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، كما يشترط فيها أن تستجيب للشروط التي

يضعها القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

الإجراء الثاني: تعيين المحكمين

يتم تعيين المحكمين بواسطة أطراف النزاع، سواء مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة لتقوم بتعيينه.

الإجراء الثالث: عملية التحكيم

إذا لم ينص في اتفاقية التحكيم على الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة والقانون الذي يطبق، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا لقانون أو نظام تحكيم. وتقوم محكمة التحكيم بالبحث عن الأدلة والتحقيق بخصوص النزاع، مع إمكانية أن تطلب تدخل السلطة القضائية لمساعدتها في جمع الأدلة. ويمكن لمحكمة التحكيم أن تتخذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك. وإذا لم يقيم الأطراف المعنيين بتنفيذ هذه التدابير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن يطلب تدخل القاضي المختص من أجل أن يطبق قانون بلد القاضي.

وتقوم محكمة التحكيم بالفصل في النزاع، عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار، تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.

أما بالنسبة لآثار التحكيم الدولي، فتتمثل في الحكم الصادر عن محكمة التحكيم، الذي يكون قابلا للتنفيذ⁽¹⁷⁾، بعد الاعتراف به من رئيس المحكمة المختصة، عن طريق أمر يصدر من هذا الأخير⁽¹⁸⁾.

وفي حالة صدور أمر برفض الاعتراف بالحكم أو برفض التنفيذ، يمكن استئنافه أمام المجلس القضائي المختص في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي له⁽¹⁹⁾.

المبحث الثاني: نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية
تعتبر مسألة تحديد نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية أمر مهم، وهذا بسبب تنوع نزاعات الصفقات العمومية من جهة وبسبب ما يثيره التحكيم من جدل كبير، سواء في الجزائر أو في البلدان المجاورة كفرنسا ومصر والمغرب، فيما يتعلق بمشروعية لجوء أشخاص القانون العام إلى التحكيم⁽²⁰⁾، من جهة أخرى.

ولمعرفة نطاق التحكيم في مجال الصفقات العمومية، لابد من تحديد نزاعات صفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم (المطلب الأول)، ثم تحديد الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: نزاعات الصفقات العمومية التي يجوز فيها اللجوء إلى التحكيم

حسب المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المذكورة سابقا، يقتصر اختصاص التحكيم على المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية فقط (الحقوق التي له مطلق التصرف فيها)، هذا ما يؤدي إلى استبعاد بعض نزاعات الصفقات العمومية المذكورة فيما يلي:

- النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية،

- النزاعات التي تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة، كدعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية مهما كان نوعها،
- النزاعات التي تنشأ في مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية، التي لا تتعلق بالالتزامات المالية بين أطراف الصفقة العمومية.

كما يستبعد من التحكيم أيضا، النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم (الفقرة الثانية من المادة 1006 من القانون رقم: 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية).

وتجدر الإشارة، أن المشرع لم يحدد مجال النزاعات التي يجوز فيها طلب التحكيم في إطار الصفقات العمومية سوى استبعاده النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم السابقة الذكر.

المطلب الثاني: الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم في مجال الصفقات العمومية

كانت المادة 442 من الأمر رقم: 66-154 المؤرخ في: 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية⁽²¹⁾ تنص صراحة في فقرتها الثالثة على ما يلي:

"لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم"

وضعت هذه المادة قاعدة عامة مفادها منع لجوء الأشخاص العموميين إلى التحكيم على المستويين الداخلي والدولي، إلى غاية صدور المرسوم التشريعي رقم: 93-09 المؤرخ في: 25 أفريل 1993، المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الصادر بموجب الأمر 66-154⁽²²⁾، الذي ألغى الفقرة الثالثة من المادة 442 من الأمر رقم: 66-154، سابقة الذكر، ونصت المادة الأولى منه في الفقرة الثانية على ما يلي: "ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

وبالتالي أجاز هذا المرسوم التشريعي للأشخاص العمومية اللجوء إلى التحكيم الدولي فقط، وذلك عندما يتعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية، وأن يكون أحد أطراف العلاقة مقيما أو له موطن خارج الجزائر على الأقل طبقا لنص المادة 458 مكرر من هذا المرسوم.

وبصدور القانون رقم: 08-09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حظي تحكيم أشخاص القانون العام في مجال الصفقات العمومية باهتمام المشرع في هذا القانون مرتين: المرة الأولى عندما أجازت المادة 975 إمكانية لجوء الأشخاص المذكورة في المادة 800 إلى التحكيم "إلا في الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية" على حد تعبير هذه المادة الواردة ضمن مقتضيات الكتاب المتعلق بالإجراءات الإدارية.

ومرة ثانية عندما نصت المادة 1006 في الفقرة الثالثة على إجازة لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم "في علاقاتها الاقتصادية

الدولية أوفي إطار الصفقات العمومية"، حيث وردت هذه المادة ضمن مقتضيات الكتاب الخامس والأخير المتعلق بالتحكيم.

يتضح جلياً أنّ المادتين الجديدتين 975 و 1006 وسعتا مجال التحكيم إلى مجال الصفقات العمومية، ومجال الحالات الواردة في الاتفاقات الدولية المصادق عليها، ومجال العلاقات الاقتصادية الدولية، لكن يبدو أن المشرع وقع في تعارض في تحديد الأشخاص التي يجوز لها اللجوء إلى التحكيم، فمن جهة، يذكر الأشخاص المعنوية العامة ومن جهة أخرى يذكر الأشخاص المذكورة في المادة 800، فهناك فرق بين المصطلحين، المادة 800 لم تشمل إلا بعض الأشخاص المعنوية العامة وليس كلهم.

كما وقع المشرع في تعارض أيضاً، فيما يخص المجال الذي يجوز فيه لهذه الأشخاص طلب التحكيم. ففي المادة 975 يحصره في مجال الاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر ومجال الصفقات العمومية، في حين يحصره في المادة 1006 في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية ومجال الصفقات العمومية، ذكر المادتين للمجالات على وجه الحصر يؤدي بطبيعة الحال إلى إقصاء ونفي كل مادة لمجالات لم تتضمنها، لابد على المشرع أن يتدارك مثل هذا التعارض بتوحيد المصطلحات المستعملة وتفاذي أسلوب التخصيص على وجه الحصر من أجل ضمان تكامل النصوص⁽²³⁾.

وستقوم بتحديد هذه الأشخاص بأكثر توضيح، مع مراعاة الأشخاص المذكورة في المادة 2 من المرسوم رقم: 10-236 السابق الذكر، فيما يلي:

بالنسبة للأشخاص المعنوية العمومية المذكورة في المادة 800 :

فيجوز لها اللجوء إلى التحكيم الداخلي، فيما يخص الصفقات العمومية، كما يجوز لها طلب اللجوء إلى التحكيم الدولي في مجال الصفقات العمومية التي تبرمها في إطار اتفاقياتها الاقتصادية الدولية، وفي هذا الصدد، فإنّ المبادرة باللجوء إلى التحكيم، تكون من طرف الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، إن كان متعلقا بالدولة أو من طرف الوالي إن كان متعلقا بالولاية أو من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي؛ إن كان متعلقا بالبلدية، أما إن كان متعلقا بمؤسسة عمومية ذات طابع إداري، فيبادر به ممثلها

القانوني أو ممثل السلطة الوصية التابعة لها (انظر المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)

بالنسبة للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم: 10-236 المعدل والمتمم (غير المؤسسات العمومية الإدارية) فإنّ المشرع لم ينص صراحة على إمكانية لجوءها للتحكيم، غير أنّه من قراءة نص المادة 1006 فقرة الثالثة، التي تنص على جواز الأشخاص المعنوية العمومية طلب اللجوء إلى التحكيم في إطار الصفقات العمومية أو في إطار علاقاتها الاقتصادية الدولية، نستنتج أن هذه المؤسسات تدخل في إطار مفهوم الفقرة الثالثة من المادة 1006، لأنّ هذه المادة جاءت عامة، تشمل كل الأشخاص المعنوية العامة ولم تقتيد بالأشخاص المذكورة في المادة 800 فقط، وبما أن هذه المؤسسات تعتبر أشخاص معنوية عامة، فيمكن لها طلب التحكيم الداخلي في إطار الصفقات العمومية والتحكيم الدولي بالنسبة للصفقات العمومية التي تبرمها في إطار اتفاقياتها الاقتصادية الدولية.

الخاتمة

يعتبر التحكيم في مجال الصفقات العمومية مكسب وغنيمة هامة، باعتباره عدالة من نوع خاص تتجلى أهميتها في كونه من بين أهم الوسائل المشجعة للتجارة والاستثمار وخاصة الأجنبي، ذلك لأنّ القضاء غير قادر على تقديم الخدمات نفسها التي يقدمها التحكيم، الذي أصبح ينظر إليه على أنّه وسيلة تفاهم بين المتنازعين بدلا من أن يكون وسيلة قسرية⁽²⁴⁾، ووعيا بما للتحكيم من أهمية ودور في استجابة النظام القضائي لمتطلبات عولمة الاقتصاد وتنافسيته وجلب المستثمر الاجني للتعاقد، تمّ القبول بجواز التحكيم في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية، لاسيما تلك المبرمة مع المؤسسات الأجنبية، وذلك موازاة مع التزامات الدولة في الخارج، وكذا لإضفاء مرونة لتجاوز الخلافات التي من شأنها أن تمس الشفافية في الإجراءات.

تجدر الإشارة إلى أنّ اللجوء إلى إجراء التحكيم في النزاعات التي تكون الأشخاص المعنوية العامة أحد أطرافها يكون بمبادرة من الوزير المعني والوزراء المعنيين أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي (المادة 976 من ق إ م إ د) الممثلة للمصالح المتعاقدة، وذلك ضابط غايته الحفاظ على الصالح العام وصون المال العام بعدم اللجوء إلى التحكيم إلا عندما يقتضي الحال والأوضاع الضرورة التي ستظهر معها السلطة المختصة إمكانية الحفاظ على المال العام.

رغم إجازة التحكيم في قوانين الصفقات العمومية المتلاحقة والنصوص القانونية ذات الصلة بها، وأهميته إلا أنّ اللجوء إلى هذه الآلية قليل جدا، حيث أثبتت الدراسات النسب الضئيلة من العقود التي لجأت إلى التحكيم مقارنة بالصفقات العمومية التي خضعت للقضاء⁽²⁵⁾.
الهوامش والمراجع المعتمدة

- (1) المرسوم الرئاسي رقم: 236/10، المؤرخ في: 07-10-2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ع 58، المؤرخة في: 07 أكتوبر 2010، ص3، المعدل والمتمم ب:-
- المرسوم الرئاسي رقم: 98-11، المؤرخ في: 01-03-2011، ج ر ع 14، ص 14.
- المرسوم الرئاسي رقم: 11-222، المؤرخ في: 16-06-2011.
- المرسوم الرئاسي رقم: 12-23، المؤرخ في: 18-01-2012، ج ر.ع. 04، المؤرخة في: 26-01-2012، ص4.
- المرسوم الرئاسي رقم: 13-03، المؤرخ في: 13-01-2013، ج ر.ع. 02، المؤرخة في: 13-01-2013، ص5.
(2) قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون رقم: 08-09، المؤرخ في: 25 فيفري 2008، ج ر ع 21.
(3) ISSAD(M) : «La nouvelle loi Algérienne relative à l'arbitrage internationale », revue de l'arbitrage, 2008, n°3, p 420.
(4) بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، ص 10 وما بعدها.
(5) الآية 64 من سورة النساء.
(6) زروني محمد، "التحكيم في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد"، محاضرة ألقاها رئيس محكمة فرجوة، مجلس قضاء قسنطينة، بتاريخ 22 جوان 2009.

- (7) حداد ناسر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 04 جويلية 2012، ص 6.
- (8) محمد محجوبي، " دور التحكيم في تسوية منازعات العقود الإدارية الداخلية في ضوء القانون المغربي والمقارن"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الثاني، قسم الوثائق، 2009، ص 385 .
- (9) يسعد حورية، "التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد 01، 2010، ص 314.
- (10) خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013، ص 70.
- (11) المرجع السابق نفسه، ص 71.
- (12) انظر تعريف القانون الفرنسي والمصري والمغربي للتحكيم في المرجع السابق، ص 71-75.
- (13) طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013، ص 87 وما بعدها.
- (14) المرجع السابق نفسه، ص 89.
- (15) عبد الحميد الأحديب، " قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الجزء الأول، قسم الوثائق، 2009، ص 84.
- (16) راجع المواد 1035 - 1036 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (17) يخضع تنفيذ أحكام التحكيم الدولي إلى المواد من 1035 إلى 1038 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- (18) المادة 1051 من القانون نفسه.
- (19) المادة 1057 من القانون نفسه.
- (20) لمزيد من التفصيل في هذه المسألة، انظر عبد الحميد الأحديب، المرجع السابق، ص 59 و 60.
- (21) الأمر رقم: 66-154 المؤرخ في: 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ع 47.
- (22) ج ر ع 27.
- (23) رمضان غناي، قراءة أولية لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009، ص 46-47 .
- (24) خلف الله كريمة، المرجع السابق، ص 97.

(25) صالح زمال، المؤسسات الأجنبية وتنظيم الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012، ص 201 وما بعدها.